



Universidade do Porto
Faculdade de Direito

Alexandra Maria Afonso Ribeiro

Autonomia das Instituições de Ensino Superior Públicas.
Limitações a essa autonomia: O caso da Agência Nacional das
Compras Públicas.

Mestrado em Direito Administrativo

Trabalho realizado sob a orientação de
Professor Doutor Luis Colaço Antunes
E de
Professor Doutor Mário Aroso de Almeida

31 de Julho de 2012

AGRADECIMENTOS

Ao **Professor Doutor Mário Aroso de Almeida** pela orientação, sábios contributos e necessários impulsos sem os quais este trabalho nunca teria sido realizado,

Ao **Professor Doutor Luis Colaço Antunes** pela orientação e pelas profícuas aulas na parte curricular do mestrado que muito despertaram a vontade de desenvolver esta tema,

Ao **Professor Doutor Julio González García** da Universidade Politécnica de Madrid pela disponível ajuda na breve análise comparativa com a situação espanhola;

Ao diretor do gabinete de assessoria jurídica de la Universidade Politécnica de Madrid, **Dr. Juan Manuel del Valle Pascual**, pelas valiosas, ricas e muito úteis conversas virtuais sobre os inúmeros temas aqui tratados;

À responsável pelo centro de documentação da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e seus colaboradores pela empatia e cordialidade sempre demonstrada.

A todos que direta ou indiretamente, contribuíram para este escrito.

À **minha família** pelo apoio necessário, face ao tempo dedicado a este trabalho.

Em especial às **minhas filhas**, por tudo!

“Viver é conquistar, não limitar o ilimitável.

Sempre haverá o que aprender. Sempre.”

Fernão Capelo Gaivota (Richard Bach)

RESUMO

O tema deste trabalho resume-se ao tratamento de uma questão prática. As instituições de ensino superior públicas têm vindo a ser consideradas, (de forma errada), entidades vinculadas para efeitos de compras públicas centralizadas.

Tal entendimento baseia-se num enquadramento que colide frontalmente com a sua natureza jurídica.

Para demonstrar tal evidência fazemos uma breve análise à organização administrativa portuguesa, mais precisamente à Administração Autónoma e à indissociável autonomia que a densifica e que é um traço distintivo e caracterizador das instituições de ensino superior públicas.

Para que de seguida possamos, com sólida segurança jurídica e após sustentadas posições doutrinárias e jurisprudenciais enquadrar as instituições de ensino superior públicas, nesse setor autónomo.

Paralelamente, criticamos o problema atual do erróneo enquadramento das instituições de ensino na Administração Indireta do Estado, suportando a nossa crítica, na posição da tutela, na doutrina, na lei, na jurisprudência e na experiência atestada diariamente na gestão das instituições bem como nas comprovadas implicações negativas que esse errado enquadramento acarreta ao nível da eficiência e boa administração.

A corroborar esta nossa posição e como bem fundado do que foi dito fazemos uma breve apanhado da exemplar posição espanhola nesta matéria.

ABSTRACT

The topic of this research is summed up by the processing of a practical subject. The public higher educational institutions have always been (wrongly) considered as bounded entities in order to deal with public centralized purchases.

This way of defining them is based on a framework that collides head on with its legal nature.

In order to demonstrate this fact, we pursued a brief analysis to the Portuguese administrative organization, more specifically to the Autonomous Administration and to its inextricable autonomy, that fulfills it and which is a distinctive and characterizing feature of the public higher educational institutions.

Afterwards, we are then able, based on a robust legal security as well as on strongly held doctrinal and court positions, to fit the public higher educational institutions in that autonomous sector.

At the same time, we criticize a current problem which consists in the wrongly-made framework of the educational institutions in the State's Indirect Administration, supporting our critical view on the legal protection position, on the court decisions, and on the daily attested experience related to the institutions management, as well as on the proven negative implications, which that wrongly-made framework leads to, as far as an efficient and good administration is concerned.

To support our position, which, as referred, is properly sustained, we develop a short summary of the exemplary Spanish conduct in this field.

INDICE

AGRADECIMENTOS (pág.2)

RESUMO (pag.3)

ABSTRACT (pag.4)

1. INTRÓITO (pág. 6)
 2. A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA PORTUGUESA (pág. 12)
 - 2.1 Enquadramento (pág. 12)
 - 2.2 Administração indireta do Estado (pag.14)
 - 2.3 Os institutos públicos (pág. 15)
 - 2.4 Administração autónoma do Estado – descentralização e autonomia (pag.18)
 - 2.5 Novas formas de conceber a administração pública (pág. 24)
 - 2.6 Em particular as IES com o estatuto de fundações públicas de direito privado (Pág.
 3. ENQUADRAMENTO DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR PÚBLICAS NA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO
 - 3.1 A questão em análise (pág. 34)
 - 3.2 A doutrina e a jurisprudência (pág. 37)
 - 3.3 A nossa posição quanto ao enquadramento jurídico (pag.43)
 4. O PROBLEMA DA VINCULAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR PÚBLICAS
 - 4.1 O sistema nacional de compras públicas (compras públicas centralizadas), as unidades ministeriais de compras e a agência nacional de compras públicas (ANCP). Os acordos - quadro. (Pág. 45)
 - 4.2. O problema da vinculação (Pág. 50)
 - 4.3 As posições ministeriais (Pág. 53)
 - 4.4 Os acórdãos do tribunal de contas (pag.54)
 - 4.5 Apreciação crítica (pág. 56)
 - 4.6 Tomada de posição (pág. 65)
 - 4.7 Um exemplo de direito comparado: o caso espanhol (pág.69)
- CONCLUSÕES (pág. 76)
- BIBLIOGRAFIA (pág. 78)

1. INTRÓITO

“Aprender sem pensar é esforço vão; pensar sem nada aprender é nocivo”.

[Confúcio](#)

O tema escolhido para este trabalho versa sobre o estudo de uma situação concreta, escolhido de entre outras, por acarretar uma forte limitação à autonomia das instituições de ensino superior públicas.

O Direito não é estático nem muito menos teórico (na ideia errada dos pouco estudiosos que o comparam a uma ciência prostrada, imersa em conceitos dogmáticos, teorias impraticáveis e filosofias vãs), porque assim é, e por quem desde sempre viu no Direito um meio e não um fim, um meio de prevenção de conflitos e também de resolução de problemas, um meio de alcançar um Bem, um Bem coletivo geral e (sem pretensões fantásticas) absoluto, só poderia fazer versar os seus trabalhos em contendas que se revelem, na visão de quem o faz, essenciais para que tais objetivos se alcancem.

Ao longo dos anos do nosso percurso escolar somos ensinados, sendo esse ensino enquadrado em moldes, disciplinas, unidades curriculares que só após alguns anos de *escola* se nos vislumbra que não são compartimentos estanques, mas que todos eles se interligam e cruzam com vista a uma visão de conjunto, qual vista panorâmica, sem horizontes à vista que do cimo da montanha nos vislumbra e encanta.

Ora assim é com o Direito *“quem só sabe direito não sabe direito”* e assim o estudo desta ciência torna-se vazia sem cruzamento com a realidade bem como esta não encontra sentido sem regulação jurídica.

O que me motivou para dissertar neste assunto foi o dar sentido e *talvez* resposta a uma situação concreta que se coloca na minha realidade laboral. O facto de trabalhar numa instituição de ensino superior politécnico e todos os dias testemunhar situações que amputam a atuação dos órgãos de gestão deste tipo de instituições é motivo necessário e suficiente para fundamentadamente tentar, pelo menos, dar a conhecer essas situações asfixiantes e as implicações negativas que carreteiam para a eficiência e boa administração.

É muito difícil gerir uma instituição de ensino superior e ter que acautelar duas situações conflituantes.

Por um lado o cumprimento de necessárias disposições legais e regras instituídas superiormente que implicam muitas vezes ingerência na atuação de gestão pela tutela não totalmente conhecedora das realidades das IES (muito diferentes das realidades da administração direta e indireta do Estado), por outro a salvaguarda da autonomia absolutamente necessária à prossecução de atividades de docência e investigação que contribuam de forma clara e inequívoca para um progresso da nossa sociedade e do mundo em que vivemos.¹

São, na sua maioria, os docentes e investigadores que trabalham nas instituições de ensino superior, que nas mais diferentes áreas, nos permitem viver num mundo melhor, quer potenciando o desenvolvimento quer formando os nossos futuros quadros!

No dizer de Jorge Miranda e Maria da Glória Garcia “*o que tudo conduz ao reconhecimento de uma duplicidade nas universidades, obrigando-as a viver numa ambiguidade ou numa permanente tensão entre uma tarefa que é constitucionalmente exigida ao estado e que, por essa via, lhe cria dependências, mas que naturalmente lhe pertence e, logo, por esta outra via, lhes impõe autonomia*”²

Nessa feita, enceto aqui uma breve moldura do tema que me proponho abordar.

O n.º 1 do artigo 76º da Constituição da República Portuguesa dispõe que “*O regime de acesso à Universidade e às demais instituições do ensino superior garante a igualdade de oportunidades e a democratização do sistema de ensino, devendo ter em conta as necessidades em quadros qualificados e a elevação do nível educativo, cultural e científico do país.*” E o n.º 2 do mesmo artigo que “*As universidades gozam, nos termos da lei, de*

¹ No dizer de Tomás Ramón Fernández (*La autonomía universitaria: ámbito y límites*, Editorial Civitas, S.A., p. 46), perante idêntico quadro normativo da Constituição espanhola, a diferença “*é que na Universidade se ensina e se investiga e para a aprendizagem e a investigação, que são a razão de ser deste particular serviço público, a liberdade é rigorosamente essencial. [...] Na Universidade ensina-se porque se investiga. [...] O específico da universidade, e o que a distingue das demais instituições integrantes do sistema educativo, é que é nela que se faz a Ciência, boa ou má, de um país, onde se produz, em consequência esse corpus científico em perpétuo fieri que as restantes instituições se limitam a transmitir e propagar de acordo com as orientações que os responsáveis do sistema importem. O professor universitário transmite, ao invés, aquilo que ele mesmo está aprendendo dia a dia, é por isso algo mais que um mero transmissor, é um sujeito activo do processo científico, cuja actuação como tal resulta em hipótese incompatível com a existência de quaisquer orientações, que se chegassem a impor-se desvirtuariam, pura e simplesmente, a sua função social, trasladando automaticamente o seu próprio papel de autor daquelas*”.

² MIRANDA, JORGE e GARCIA, MARIA DA GLÓRIA in “*lei do financiamento do ensino superior*”, Revista da faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra editora (1998) Vol. XXXIX – n.º 1 Pág. 305.

autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira, sem prejuízo de adequada avaliação da qualidade do ensino.”

As instituições de ensino superior públicas (doravante IES) são entidades de direito público, de acordo com o previsto no n.º 1 do artigo 9º da Lei n.º 62/2007 de 10 de Setembro que aprovou o Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior (doravante RJIES). Sendo o sistema de ensino superior público português binário, coexistem, nessa sequência, por um lado o ensino universitário e por outro, o ensino politécnico, ambos com esferas claramente definidas naquele diploma legal.³

Ora quer para o ensino universitário quer para o ensino politécnico existem um certo número de atribuições a serem prosseguidas (e definidas no artigo 8º da mesma lei).

O artigo 11º desse diploma legal refere as diferentes autonomias de que as IES gozam.

Dispõe o n.º 1 desse artigo 11º que “ *As instituições de ensino superior públicas gozam de autonomia estatutária, pedagógica, científica, cultural, administrativa, financeira, patrimonial e disciplinar face ao Estado, com a diferenciação adequada à sua natureza*”.

E acrescenta o n.º 2 que “ *A autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira das universidades encontra –se reconhecida pelo n.º 2 do artigo 76.º da Constituição .*”

Conclui-se portanto que as universidades têm autonomia constitucionalmente garantida. A legal extensão face à situação dos politécnicos, existe mas justifica-se mais à frente, quando tratarmos a autonomia no seio da administração autónoma.

Ora, as IES sendo caracterizadas pelo seu funcionamento participado e por um elevado grau de autonomia consagrada constitucionalmente não deveriam nem poderiam ver a sua atuação de gestão limitada.

³ Artigo 6º n.º 1 “*As universidades, os institutos universitários e as demais instituições de ensino universitário são instituições de alto nível orientadas para a criação, transmissão e difusão da cultura, do saber e da ciência e tecnologia, através da articulação do estudo, do ensino, da investigação e do desenvolvimento experimental*” N.º 2 “*As universidades e os institutos universitários conferem os graus de licenciado, mestre e doutor, nos termos da lei*” N.º 3 “*As demais instituições de ensino universitário conferem os graus de licenciado e de mestre, nos termos da lei.*” Artigo 7º N.º 1 “*Os institutos politécnicos e demais instituições de ensino politécnico são instituições de alto nível orientadas para a criação, transmissão e difusão da cultura e do saber de natureza profissional, através da articulação do estudo, do ensino, da investigação orientada e do desenvolvimento experimental.*” N.º 2 “*As instituições de ensino politécnico conferem os graus de licenciado e de mestre, nos termos da lei*”

Várias são as situações em que este problema, de limitação à autonomia, se coloca. Contudo, se em alguns casos, tal limite à atuação da gestão decorre da Lei, nomeadamente da Lei de Orçamento de Estado ou de outras leis de semelhante força legal com poder de derrogação de outras disposições em contrário (disposições estas aplicáveis por força do garante de autonomia às IES), tornando-se assim em imposições legais sem possibilidade de refutação (apenas contestável via tribunal constitucional como é o exemplo do Acórdão 353/2012 de 20 de Julho de 2012). Outras situações há em que de uma forma completamente desajustada à realidade do ensino superior são feitas ingerências quer da tutela quer de outros organismos públicos extrapolando os poderes conferidos para tal (sem poder tutelar) e amputando de forma dramática a atuação da gestão das IES.⁴

A título de exemplo elenco algumas situações que se têm revelado na sequência dos aspetos mencionados supra, limitadoras da atuação da gestão das IES:

⁴ Insiro neste ponto um trecho de um texto de autoria do Professor Doutor João Rocha, Presidente do Instituto Superior de Engenharia do Porto, escola integrada no Instituto Politécnico do Porto, que em particular nesta matéria refere que “A autonomia das IES constitui uma das características principais do seu enquadramento jurídico, merecendo, inclusive, consagração constitucional. Importa, no entanto, fazer uma breve reflexão sobre os motivos que levam a que essa autonomia assuma um papel tão central nas IES. Sem nos perdermos em reflexões históricas, que nos dias de hoje, tendem a perder grande parte da relevância (com as consequências nefastas que seguramente daí advirão), cabe referir que as IES, enquanto centros do saber, da cultura e do desenvolvimento científico, necessitam em absoluto de se constituir como polos de liberdade de pensamento e de criação. Só assim é possível que o pensamento crítico, a liberdade científica e a procura incessante do conhecimento, combinados num caldo de cultura muito próprio e dinâmico, se traduzam em desenvolvimento, criação e inovação, permitindo às IES desempenhar integralmente o papel que a sociedade delas espera. O grau elevado de autonomia resulta pois da necessidade de permitir que as próprias instituições possam definir o seu caminho, eliminando as interferências externas, nomeadamente na gestão quotidiana, embora num enquadramento mais vasto permitido pelo poder tutelar de que o poder político sempre dispõe. Além disso, o funcionamento de uma IES reveste-se de características próprias, tendo pouco ou nada em comum com os tradicionais organismos da administração do estado. Esse facto, aparentemente de muito difícil compreensão para a tutela e, sobretudo, para as finanças, resulta fundamentalmente da descentralização que surge naturalmente quando existe uma multiplicidade de cursos, departamentos e grupos de investigação. Além, a carreira docente do ensino superior (quer universitária, quer politécnica) reveste-se de características muito particulares, nomeadamente impondo critérios de grande exigência para a simples manutenção na carreira. *As constantes ingerências na gestão das IES, através de disposições legais limitativas da sua autonomia, mais não fazem do que infernizar a vida dos responsáveis pela gestão, não se traduzindo, de forma geral, em qualquer benefício para o erário ou o serviço público.*(Itálico meu) Certamente que, tal como em todas as áreas da sociedade, também no ensino superior se podem encontrar exemplos de má gestão. *No entanto, ao invés de responsabilizar quem, deliberadamente ou por manifesta incúria, pratica esses atos, insiste-se na contínua criação de nova legislação, pretensamente mais limitativa, mas que, não impedindo a má gestão (quem antes não cumpria, não é agora que o vai fazer), cria dificuldades cada vez mais inultrapassáveis para aqueles que, conscientemente, procuram gerir no cumprimento da lei e na prossecução do interesse público.*(Itálico meu) O caso da (ex-) Agência Nacional de Compras Públicas é um bom exemplo do que se vem referindo. Desde logo porque há um incumprimento generalizado da obrigatoriedade de vinculação à mesma pelas IES, sem que, até hoje, tal tenha tido qualquer consequência. Ou seja, uma vez mais, quem cumpre fica cada vez mais enredado na teia burocrática e, quem não cumpre, continua impune...”

a) Contratação de pessoal;⁵

b) Nos contratos de prestações de serviços e suas renovações⁶;

⁵ A lei confere às IES no artigo 125º do RJIES com a epígrafe de Pessoal e despesas com pessoal a possibilidade de gerir livremente os seus recursos humanos todavia a verdade é que são feitas pela tutela graves ingerências na gestão das IES nesta matéria. Não cabe neste trabalho alongar este tema, pois só ele por si só daria lugar a uma tese, pelo que deixamos aqui a transcrição do referido artigo 125º do RJIES “1 — *As instituições de ensino universitário públicas gerem livremente os seus recursos humanos, tendo em consideração as suas necessidades e os princípios de boa gestão e no estrito respeito das suas disponibilidades orçamentais, não lhes sendo aplicáveis as limitações estabelecidas nos termos do n.º 1 do artigo 121.º* 2 — *Para efeitos de acompanhamento da evolução das despesas com o pessoal, as instituições de ensino universitário públicas remetem trimestralmente ao ministro responsável pela área das finanças e ao ministro da tutela os seguintes elementos:* a) *Despesas com pessoal, incluindo contratos de avença, de tarefa e de aquisição de serviços com pessoas singulares;* b) *Número de admissões de pessoal, a qualquer título, e de aposentações, rescisões e outras formas de cessação do vínculo laboral;* c) *Fundamentação de eventuais aumentos de despesa com pessoal que não resultem de atualizações salariais, cumprimento de obrigações legais ou transferência de competências da administração central.* 3 — *A informação a prestar nos termos do número anterior deve ser remetida nos termos fixados pelo ministério responsável pela área das finanças.* 4 — *Em caso de incumprimento injustificado dos deveres de informação previstos no presente artigo, bem como dos respectivos prazos, pode ser retido até 10 % do duodécimo das transferências correntes do Orçamento do Estado por cada mês de atraso.*

⁶ A lei de orçamento de estado de 2011 dispõe no seu artigo 22º sobre contratos de aquisição de serviços Da leitura desse artigo conclui-se que se aplica a redução remuneratória, prevista no artigo 19º da Lei de orçamento de estado de 2011, nos seguintes casos:

A) *Casos de renovação do contrato (em 2011).* Em cumprimento do disposto na lei, aplica-se a redução remuneratória prevista no artigo 19º da lei de orçamento de estado de 2011. E como se aplica? Aplicação aos preços que estão a ser praticados nesse contrato (taxa referida no artigo 19º n.º 1)

O Artigo 69.º da Lei de execução do orçamento dispõe que “ Para efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 22.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, é considerado o valor total a pagar pelo contrato de aquisição de serviços, excepto no caso das avenças, previstas no n.º 7 do artigo 35.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, alterada pelas Leis n.os 64-A/2008, de 31 de Dezembro, 3- B/20010, de 24 de Abril, 34/2010, de 2 de Setembro, e 55-A/2010, de 31 de Dezembro, em que a redução incide sobre o valor a pagar mensalmente. Ainda no âmbito das renovações de contratos (em 2011) esclarece-se que se a prestação de serviços for na modalidade de avença, a redução faz-se exatamente nos termos do artigo 19º da LO 2011, se a prestação de serviços for na modalidade de tarefa aplica-se o disposto no artigo 69º da Lei de execução orçamental.

B) *Casos de celebração de um novo contrato.* E no caso de contratos celebrados de novo (em 2011)? Como é feita a redução? Parece certo que a redução não pode incidir sobre preços do novo contrato, poderiam facilmente esses preços ser manipulados no sentido de englobar o valor da redução que posteriormente teria que ser aplicada. Deve referir-se ao valor do preço base, sendo assim determinado no procedimento contratual (pois na adjudicação nenhuma proposta, em princípio, será acima desse valor). Assim, utiliza-se como referencial o valor do contrato anterior como preço base (aplicada a redução). As reduções remuneratórias só se aplicam “...com idêntico objecto e a mesma contraparte” Não será considerada materialmente uma renovação? Quer isto dizer que não se aplicam a todos os contratos de prestação de serviços (em 2011) mas apenas aos que tenham idêntico objeto e idêntica contraparte? (No caso de um concurso não posso garantir que seja a mesma contraparte - tal só se consegue no ajuste direto).

Novidades de 2012; Dispõe o n.º 1 do artigo 26.º da Lei de Orçamento de Estado de 2012 relativamente aos contratos de aquisição de serviços que “ O disposto no artigo 19.º da Lei n.º 55 -A/2010, de 31 de Dezembro, alterada pelas Leis n.º 48/2011, de 26 de Agosto, e 60 -A/2011, de 30 de Novembro, é aplicável aos valores pagos por contratos de aquisição de serviços que, em 2012, venham a renovar -se ou a celebrar -se com idêntico objecto e, ou, contraparte de contrato vigente em 2011, celebrados por...” e o n.º 7 do mesmo artigo

c) Na aplicação da lei dos compromissos.⁷

que “ Não está sujeita ao disposto no n.º 1 e na alínea c) do n.º 5 a renovação, em 2012, de contratos de aquisição de serviços cuja celebração ou renovação anterior já tenha sido objecto da redução prevista na mesma disposição legal e obtido parecer favorável ou registo de comunicação.” Em primeiro lugar, e apenas para delimitar a análise do artigo, a questão do parecer prévio não se coloca. As instituições de ensino superior públicas estão dispensadas, (conforme n.º 4 do presente artigo). Agora no que diz respeito ao âmbito da redução remuneratória, parece que se estende o âmbito de aplicação da redução remuneratória, senão vejamos: “... é aplicável aos valores pagos por contratos de aquisição de serviços que, em 2012, venham a renovar -se ou a celebrar -se com idêntico objeto e, ou, contraparte de contrato vigente em 2011...”

a) *Celebração de novo contrato:* a. Com objeto idêntico ao do contrato que tenha vigorado em 2011 mas com contraparte diferente (a ressalva que existia de, em caso de concurso, não se poder garantir a mesma contraparte perde força); b. Ou com a mesma contraparte de contrato que tenha vigorado em 2011 mas com objeto diferente. Nestes casos opera-se a uma dupla redução (a redução que foi objeto no contrato em 2011 mais a redução que resulta do facto de se celebrar um novo contrato em 2012, com mesmo objeto apesar de contraparte diferente). Contudo a celebração de um novo contrato em 2012 (contrato que já teve vigência em ano anterior a 2011) implica redução remuneratória, mas já não dupla redução.

b) *Renovação de contrato em 2012:* Neste caso não se opera à redução face ao disposto no n.º 7 do artigo 26º em análise (partindo do pressuposto que falamos de contratos que vigoraram em 2011 pois se for renovação de um contrato que tenha vigência em 2010 já não se pode deixar de aplicar a redução remuneratória.) Neste caso teria que se prever no texto do n.º 1 do artigo 26º n.º que “ venham a renovar -se ou a celebrar -se com idêntico objecto e, ou, contraparte de contrato vigente em 2011 e 2010”. A questão prevista no n.º 3 do artigo 26º, situações em que os trabalhadores prestem serviços em mais do que uma entidade. Só se aplica em prestações de serviço na modalidade de avença.

Pode concluir-se então que: 1. Todos os contratos com o mesmo objeto vão ter um valor inferior ao de 2011, isto porque o preço base vai corresponder ao valor do contrato celebrado no ano anterior deduzida da percentagem da redução. 2. O legislador acautela a dupla redução no n.º 7 mas esquece-se das situações em que um contrato em 2011 foi objeto de redução acrescentando a redução que resulta do facto de se celebrar um novo contrato em 2012, com mesmo objeto apesar de contraparte diferente). Se for a mesma contraparte ainda se pode “estender” o conceito e considerar-se materialmente uma renovação, contudo sendo uma contraparte diferente tal não pode ser aplicado operando-se a dupla redução.

⁷ O reitor da Universidade do Minho, António Cunha, alertou para o facto da Lei de Compromissos, poder “paralisar e asfixiar” as universidades públicas. Segundo António Cunha, “a Lei de Compromissos tem medidas extremamente gravosas para as universidades” por que “não atende à especificidade” destas instituições” e “limita” a sua autonomia. Entre estas medidas, António Cunha apontou a “exigência” de autorização do ministro das Finanças para que as instituições possam assumir compromissos que passem 31 de Dezembro, o que, defendeu, “não é razoável”. Em entrevista à Lusa, António Cunha exemplificou com a necessidade de contratar professores a cada ano letivo. “Para o início de um ano letivo, que começa em Setembro, em Agosto fazemos centenas de contratos. Como as datas destes passam 31 de Dezembro, terão que ter autorização do ministro das Finanças, o que não é praticável”, defendeu. Segundo o reitor da Universidade do Minho, “as universidades correm o sério risco de ficar asfixiadas e paralisadas e o Governo já sabe disto”. O responsável lembrou ainda que as universidades “são entidades concorrenciais”, concorrendo com instituições europeias por financiamentos e que a referida lei também “limita a agilidade das instituições de ensino superior nestes casos”. Questionado ainda sobre o número avançado de alunos a deixarem de frequentar aquela instituição por dificuldades económicas, cerca de 600, António Cunha afirmou “não ser ainda possível ter números reais”. No entanto, reconheceu haver “uma evolução negativa” a analisar os “sinais do aumento do desemprego na região” mas reafirmou que a universidade “está a estudar formas de ajudar os alunos”. “É interessante que as

Muitos seriam os aspetos que poderiam aqui ser desenvolvidos e face à sua atualidade e pertinência, muito interesse teriam em ser objeto de discussão. Porém, vamos cingir-nos ao caso da agência nacional das compras públicas e ao atual enquadramento das instituições de ensino superior públicas como entidades vinculadas para efeitos de aquisições centralizadas.

Iremos tratar o tema com a seguinte sequência:

Em primeiro lugar uma passagem pela organização administrativa portuguesa com vista a ser possível de seguida enquadrar as instituições de ensino superior públicas nessa organização.

Após esse enquadramento e, de dar a conhecer a nossa posição quanto ao mesmo, passaremos à questão fulcral, ou seja evidenciando os problemas que são levantados pela qualificação das instituições de ensino superior públicas como vinculadas. Para tal fazemos uma passagem pelo conceito de centralização de compras públicas, da agência nacional das compras públicas, das posições ministeriais, dos acórdãos do tribunal de contas, das experiências comprovadas, dos princípios que aqui revelam e por fim de uma realidade de direito comparado que manifestamente reforça a fundamentação que aqui se apresenta.

Por fim apresento as minhas conclusões que pretendo (e espero!) que possam carrear para a gestão das IES de uma forma direta ou indireta algum contributo positivo.

2. A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA PORTUGUESA

2.1 Enquadramento

Para melhor se compreender a situação em estudo, ou seja o enquadramento das Instituições de Ensino Superior no âmbito do artigo 3º do Decreto – Lei n.º 37/2007 de 19 de Fevereiro torna-se imperiosa a passagem pela estrutura organizativa da Administração em Portugal. Na opinião de Maria da Glória Garcia a organização administrativa “*Envolve toda a rede de órgãos, serviços e entidades juridicamente autónomas de natureza pública que, isolada ou*

universidades possam criar fundos que permitam ter uma resposta para estes casos”, garantindo. Até porque, avisou, “o real impacto” das dificuldades que as famílias estão a atravessar ainda “está para vir”. “O próximo ano letivo será muito mais complicado”, alertou.

*interrelacionadamente, dão corpo, ainda que não em exclusivo, à atividade de prossecução de interesses públicos, em virtude dos poderes de que estão legalmente investidos. Por isso se diz que a organização administrativa reflete a autoridade estadual.”*⁸

Da organização administrativa portuguesa não nos interessa, neste espaço, a descrição de toda a organização do estado (central, periférica, independente e todas as classificações decorrentes). Interessa essencialmente delimitar a fronteira entre Administração Indireta do Estado e Administração Autónoma. Seguimos então nesse intento, iniciando com uma breve justificação da razão do incremento da função administrativa e das estruturas organizativas do Estado.

*“A Administração organiza-se nos diferentes estados em função das respetivas opções constitucionais...”*⁹

Aquando da passagem do Estado Liberal ao Estado Social ¹⁰e de com esta terem aumentado exponencialmente as tarefas a que o Estado se presta, desenvolveu-se a função administrativa do mesmo, tendo adquirido significativo destaque.

*“Foi um Estado que assumiu relevância e intervenção pública na satisfação das necessidades coletivas. Cresceu, progressivamente, segundo as suas modelações e conceções da Administração Pública, em extensão e intensidade: alargaram-se os seus fins e as suas atribuições: primeiro regulador garantista, depois social prestativo e, numa terceira fase, regulador social, promotor, infra estadual.”*¹¹

Face ao aumento das atribuições mencionadas, a administração estadual deixou de ser capaz de assumir sozinha, de forma capaz, todas as múltiplas tarefas de que se viu incumbida e extravasa-se a si própria. Deixa a sua atuação de ser apenas direta, ou seja, exercida por órgãos e serviços da própria pessoa coletiva pública, passando a conceder à sua vertente indireta, porque exercida por pessoas coletivas distintas (do Estado) mas que este criou um

⁸ GARCIA, MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS, “ Organização Administrativa” in Dicionário Jurídico da Administração Pública, pág. 235

⁹ GARCIA, MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS, “ Organização Administrativa” in Dicionário Jurídico da Administração Pública, pág. 236

¹⁰ Nesse momento (passagem ao estado social) e noutro contexto, segundo ESTORNINHO, MARIA JOÃO, in” *a fuga para o direito privado*” com o enorme alargamento dos fins do estado social muitas das novas tarefas da Administração Pública prestadora vão ser exercidas, também, através de formas de organização (novas) e atuação jurídico – privadas.

¹¹ NEVES, ANA FERNANDA, “Os institutos públicos e a descentralização administrativa” in, pág. 500

significativo espaço de atuação, determinadas tarefas administrativas, para assim prosseguir mais capazmente os seus fins.

Chegados a este ponto e para o que nos releva, a atividade administrativa pública é desenvolvida em parte no âmbito do Estado (direta ou indiretamente face ao alargamento exponencial das tarefas que tem que levar a cabo) – Administração Estadual (direta ou indireta) - e em parte fora deste – Administração Autónoma.

No que à administração direta do Estado diz respeito (regulada pela Lei n.º 4/2004 de 15 de janeiro) apenas nos importa a sua distinção da administração indireta, pelo que não nos alongaremos nesta descrição, apenas deixamos aqui a definição de Vital Moreira “ *a administração direta é a atividade administrativa levada a cabo diretamente pelos próprios serviços administrativos do Estado, sob a direção do governo, que é o órgão superior da Administração pública estadual (CRP, artigo 182º)....serviços organizados em pirâmide... relação que se estabeleceé de hierarquia..*”¹²

2.2 Administração Indireta do Estado

Na sequência do que foi dito anteriormente relativamente ao alargamento da função administrativa, surge aquilo que se chama Administração Indireta do Estado com vista a garantir a ajuda do Estado na prossecução desses diversos e crescentes fins e atribuições que tem que assegurar¹³(e que se tornou impraticável conseguir reunir em si mesmo sozinho a sua prossecução, face ao aumento exponencial de papéis que lhe são exigidos).

“ *O extraordinário alargamento das responsabilidades da administração pública a que este século tem assistido e a heterogeneidade das tarefas que se lhe confiam, tornariam progressivamente mais morosa, irregular e falível a satisfação das necessidades coletivas se o Estado tivesse que as tomar todas diretamente a seu cargo.*”¹⁴

Nesta sequência foi criada uma administração indireta do Estado constituída por entidades que apesar de criadas por ele e prosseguindo interesses dele, realizam tarefas não diretamente. Em

¹² MOREIRA, VITAL “ Administração Autónoma e Associações Públicas”, Coimbra Editora, 1997, Pág. 105

¹³ Independentemente das novas formas de administração que referiremos a frente (ponto 2.5).

¹⁴ ESTEVES DE OLIVEIRA, MÁRIO “ *Direito Administrativo*” Volume I, Almedina Coimbra 1980, pág. 203

suma, os fins do estado são prosseguidos também por outras entidades, que não pelo Estado - Administração Estadual Direta -, sendo prosseguidos pela então criada Administração Estadual Indireta.

É estadual porque prossegue fins do Estado e é indireta porque não é realizado pelo estado mas por entidades que ele cria para esse efeito e na sua dependência. Nas palavras de Isabel Celeste M. Fonseca¹⁵ “ *É estadual porque tem como objetivo prosseguir as atribuições do Estado. É o Estado que através da devolução de poderes, transfere uma parte dos seus poderes para estas entidades que realizam os seus fins. São entidades de fins singulares e instrumentais do Estado. É indireta porque é realizada por pessoas distintas do Estado, que, após terem sido criadas pelo Estado para a prossecução das suas atribuições, desempenham essa tarefa em seu nome próprio, com autonomia administrativa e financeira, ficando sujeitas à orientação e ao controle daquele.*”

Define Freitas do Amaral, de um ponto de vista subjetivo ou orgânico a Administração Estadual Indireta como “*o conjunto das entidades públicas que desenvolvem, com personalidade jurídica própria e autonomia administrativa e financeira, uma atividade administrativa destinada à realização de fins do estado*”¹⁶

E define Vital Moreira a Administração Indireta como “*aquela que é realizada por conta do Estado por outros entes que não o Estado pela sua mesma administração. É a prossecução de atribuições administrativas de certa entidade administrativa, por intermédio de outra entidade administrativa*”.¹⁷

Foi feita esta autonomização ainda que muito sucinta da Administração Indireta do Estado para enquadrar a frase do próximo ponto “ os Institutos Públicos pertencem em rega, à Administração Indireta do Estado.”

¹⁵ FONSECA, ISABEL CELESTE M. in “ *Direito da Organização Administrativa*” Roteiro Prático, pág. 135

¹⁶ FREITAS AMARAL, DIOGO “ *Curso de Direito Administrativo*”, 3ª edição Volume I, Almedina Coimbra, 2009, pág. 349

¹⁷ MOREIRA, VITAL “ *Administração Autónoma e Associações Públicas*”, Coimbra Editora, 1997, Pág. 105

2.3 Os Institutos Públicos

Os institutos Públicos surgem, como as entidades que o Estado cria face à sua incapacidade de prosseguir a já referida multiplicidade de fins, (tentando satisfazer todo o tipo de necessidades de toda a sociedade), para de forma mais eficiente assegurar a prossecução dessas novas tarefas (nesta lógica e face ao que foi dito no ponto anterior em regra pertencem à administração Indireta do Estado).

*“surgem assim centros de poder administrativo, “de promoção de interesses públicos” determinados, sujeitos de Direito nascidos a partir de outros, em torno dos quais ficam a voltejar, como sua expressão indireta e instrumental, e por ajuizamento dos quais sofrem modificações ou se extinguem”*¹⁸

*“Nas palavras de Breuer (1992:97), a proliferação de institutos e associações públicas é a “resposta necessária do moderno Estado Social ao alargamento das suas tarefas”*¹⁹

Define Paulo Otero os Institutos Públicos como “ *sendo uma entidade coletiva de direito público sem base territorial ou associativa, assente num substrato institucional criada para a prossecução de fins administrativos específicos, sendo proveniente de um fenómeno de descentralização e encontrando-se sujeita a uma intervenção intersubjetiva por parte de outar entidade pública.* ”²⁰

E Ana Fernanda Neves define-os como “ *peçoas coletivas públicas, criadas para assegurar atribuições específicas do estado ou de outra pessoa coletiva pública, perfilando-se como sujeitos de direito público dotados de autonomia administrativa e financeira, com o encargo de assegurar tais atribuições*”²¹

Os Institutos Públicos encontram o seu enquadramento legal na Lei - Quadro dos Institutos Públicos, aprovada pela Lei n.º 3/2004 de 15 de Janeiro, com a alteração do Decreto - Lei n.º 105/2007 de 3 de Abril que republicou a referida lei e mais recentemente pelo Decreto – Lei n.º 5/2012 de 17 de Janeiro.

¹⁸ NEVES, ANA FERNANDA, “*Os institutos públicos e a descentralização administrativa*” in, pág. 502

¹⁹ MOREIRA, VITAL “ *Administração Autónoma e Associações Públicas*”, Coimbra Editora, 1997, Pág. 31

²⁰ OTERO, PAULO, “*institutos Públicos*” in Dicionário jurídico da Administração Pública, pág. 251

²¹ NEVES, ANA FERNANDA, “*Os institutos públicos e a descentralização administrativa*” in, pág. 498

Refere esta lei no seu artigo 3º que *“Para efeitos da presente lei, consideram-se institutos públicos, independentemente da sua designação, os serviços e fundos das entidades referidas no artigo 2º quando dotados de personalidade jurídica.*

E refere o artigo 2º que *“Os institutos públicos integram a administração indireta do Estado e das Regiões Autónomas.”*²² E que *“A presente lei é aplicável aos institutos públicos da administração do Estado e é aplicável aos institutos públicos das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, com as necessárias adaptações estabelecidas em decreto legislativo regional.”*

Os artigos mais relevantes, para o efeito deste trabalho, no âmbito dessa lei, para além dos já referidos e transcritos, são os seguintes; 4º, 7º, 41º e 48º.²³

²² Sendo claro que tal categorização pode ser afastada por disposição legal como é o caso, entre outros da ESPAP, IP.

²³ Artigo 4º *“Os institutos públicos são pessoas coletivas de direito público, dotadas de órgãos e património próprio. 2 - Os institutos públicos devem em regra preencher os requisitos de que depende a autonomia administrativa e financeira. 3 - Em casos excecionais devidamente fundamentados, podem ser criados institutos públicos apenas dotados de autonomia administrativa”. Artigo 7º “1 - Cada instituto está adstrito a um departamento ministerial, abreviadamente designado como ministério da tutela, em cuja Lei Orgânica deve ser mencionado. 2 - No caso de a tutela sobre um determinado instituto público ser repartida ou partilhada por mais de um ministro, aquele considera-se adstrito ao ministério cujo membro do Governo sobre ele exerça poderes de superintendência. Artigo 41º 1 - Os institutos públicos encontram-se sujeitos a tutela governamental. 2 - Carecem de aprovação do membro do Governo da tutela: a) O plano de atividades, o orçamento, o relatório de atividades e as contas; b) Os demais atos previstos na lei e nos estatutos. 3 - Carecem de autorização prévia do membro do Governo da tutela: a) A aceitação de doações, heranças ou legados; b) A criação de delegações territorialmente desconcentradas; c) Outros atos previstos na lei ou nos estatutos. 4 - Carecem de aprovação dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da tutela: a) e b)(Revogadas.) c) Outros atos previstos na lei ou nos estatutos. 5 - Carecem de autorização prévia dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da tutela: a) (Revogada.) b) A criação de entes de direito privado, a participação na sua criação, a aquisição de participações em tais entidades, quando esteja previsto na lei ou nos estatutos e se mostrar imprescindível para a prossecução das respetivas atribuições; c) Outros atos previstos na lei ou nos estatutos. 6 - A lei ou os estatutos podem fazer depender certos atos de autorização ou aprovação de outros órgãos, diferentes dos indicados. 7 - A falta de autorização prévia ou de aprovação determina a ineficácia jurídica dos atos sujeitos a aprovação.*

8 - No domínio disciplinar, compete ao membro do Governo da tutela: a) Exercer ação disciplinar sobre os membros dos órgãos dirigentes; b) Ordenar inquéritos ou sindicâncias aos serviços do instituto. 9 - O membro do Governo da tutela goza de tutela substitutiva na prática de atos legalmente devidos, em caso de inércia grave do órgão responsável. Artigo 48º 1 - Gozam de regime especial, com derrogação do regime comum na estrita medida necessária à sua especificidade, os seguintes tipos de institutos públicos: a) As universidades e escolas de ensino superior politécnico; b) As instituições públicas de solidariedade e segurança social; c) Os estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde; d) e e) (Revogadas.) f) As entidades administrativas independentes. 2 - Cada uma destas categorias de institutos públicos pode ser regulada por uma lei específica. 3 - Gozam ainda de regime especial, com derrogação do regime comum na estrita medida necessária à sua especificidade, o Instituto Nacional de Estatística, I. P., o Instituto de Gestão da Tesouraria e do Crédito Público, I. P., o Instituto Nacional de Medicina Legal, I. P., o Instituto Nacional de Aviação Civil, I. P., o Instituto Financeiro para o Desenvolvimento Regional, I. P., a Administração Central do Sistema de Saúde, I. P., e o INFARMED - Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I. P. 4 - Excecionam-se do disposto no n.º 1 do artigo 17.º e nos números 1 e 2 do artigo 19.º o Instituto do Emprego e da Formação Profissional, I. P., cujo diploma orgânico define o respetivo modelo de gestão. - Excecionam-se do disposto no

Foi já referido que os Institutos públicos, em regra, pertencem à administração indireta do Estado. Em regra porque há efetivamente exceções.

E, com essa afirmação, pretendemos introduzir o tópico de que institutos há que pertencem à administração autónoma e ao sector empresarial do estado.

Um dos casos paradigmáticos em que, os Institutos Públicos para alguns efeitos não pertencem à administração indireta do Estado, é o caso da ESPAP, IP (que recentemente chamou a si as atribuições da ANCP)²⁴. São pois institutos públicos que a administração pública, na sua prerrogativa de lhes conferir natureza institucional ou empresarial lhe concede uma opção mitigada, preservando a sua forma de instituto público (no âmbito da LQIP referida supra), mas salvaguardando uma natureza especial que conjuga a combinação de diferentes regimes jurídicos. (de acordo com o previsto no n.º 1 do artigo 48º da LQIP).²⁵ e inserindo-os para alguns efeitos na administração Autónoma ou no sector empresarial do estado.

2.4 Administração Autónoma – descentralização e autonomia

Do que foi dito resulta que a administração desenvolve a sua atividade no âmbito do Estado e também fora dele, e que pessoas coletivas há que não prosseguem apenas fins estaduais (de forma direta ou indireta), mas sim fins próprios. Significa isto que a administração autónoma se administra a si própria e não deve obediência nem a ordens, nem diretivas ou orientações do governo.

Na sua origem a Administração Autónoma nasceu por contraposição à função do Estado. A diferença específica da Administração Autónoma (face à administração do estado) está no

n.º 1 do artigo 19.º o Estádio Universitário de Lisboa, I. P., e o Centro Científico e Cultural de Macau, I. P., cujo órgão de direção é um presidente, cargo de direção superior de 1.º grau.

²⁴ Outros institutos Públicos podem ser incluídos aqui, pelo seu regime híbrido (IP mas enquadrados no setor empresarial do Estado).

²⁵ Reitera-se a importância do Artigo 48º sob a epígrafe: Institutos de regime especial: *1 - Gozam de regime especial, com derrogação do regime comum na estrita medida necessária à sua especificidade, os seguintes tipos de institutos públicos: a) As universidades e escolas de ensino superior politécnico;..... 2 - Cada uma destas categorias de institutos públicos pode ser regulada por uma lei específica.*

facto de ela constituir uma expressão de auto – administração de certas formas sociais (territoriais, profissionais, etc). *Daí derivam os seus traços jurídico – administrativos específicos.* Fundamenta-se assim numa razão *técnica de eficiência e racionalização de meios da administração do estado...assenta no reconhecimento do pluralismo social das sociedades contemporâneas.*²⁶

Vital Moreira define Administração Autónoma como “ *administração de interesses públicos, próprios de certas coletividades ou agrupamentos infra – estaduais (de natureza territorial, profissional ou outra), por meio de corporações de direito público ou outras formas de organização representativa, dotadas de poderes administrativos, que exercem sob responsabilidade própria, sem sujeição a um poder de direção ou de superintendência do Estado nem a forma de tutela de mérito* ”²⁷

Daqui decorrem os seguintes elementos constitutivos do conceito de Administração Autónoma:

- a) Um substrato pessoal coletivo; a administração autónoma pressupõe um agrupamento ou “*coletividade infra – estadual (territorial, profissional, etc...) investido, através de determinado arranjo institucional, em funções administrativas em relação aos seus membros*”²⁸ Não basta que organismo goze de autonomia face ao Estado, “ *é necessário que ele seja a expressão organizatória de um determinado substrato pessoal, de cujos assuntos se ocupa* ”²⁹
- b) Tarefas próprias; que quer dizer duas coisas, que são as que têm a ver com os interesses da coletividade e que podem “*podem ser destacadas e geridas autonomamente em relação às tarefas públicas gerais que estão confiadas à Administração do Estado*”³⁰
- c) Autogoverno que impõe a participação determinante dos interessados, ou seja uma administração pelos administrados (direta ou em representação). “*É incompatível com a administração autónoma a nomeação governamental dos dirigentes...*”

²⁶ MOREIRA, VITAL “ Administração Autónoma e Associações Públicas”, Coimbra Editora, 1997, Pag. 113

²⁷ MOREIRA, VITAL “ Administração Autónoma e Associações Públicas”, Coimbra Editora, 1997, Pag. 78

²⁸ Idem

²⁹ Idem

³⁰ MOREIRA, VITAL “ Administração Autónoma e Associações Públicas”, Coimbra Editora, 1997, Pág. 81

- d) Responsabilidade própria; Essencial ao conceito de administração autónoma “ *é a ideia de que os respetivos organismos gozam de autonomia de ação face ao estado, estabelecem a sua própria orientação na sua esfera de ação, livres de instruções estaduais e à margem de controlo de mérito..*” ³¹, tal implica necessariamente uma limitação dos poderes de tutela do governo.
- e) Por fim, administração autónoma como administração pública, não sendo contudo administração do estado.

A administração autónoma tem três origens muito diversas. Um primeiro lugar, ela ocorre quando a administração de um serviço, estabelecimento ou organismo, que afeta um determinado círculo de pessoas, é entregue a órgãos representativos desse mesmo agrupamento de administrados. Trata-se portanto da autonomização de uma esfera administrativa pré – existente, até então pertencente à administração direta ou indireta do estado, que é transferida, no todo ou em parte, para a responsabilidade dos próprios administrados”..... “E foi o que ocorreu também com as Universidades, que, depois da sua estadualização iniciada no período do despotismo esclarecido e continuada no Estado liberal, vieram mais tarde a conquistar um estatuto de auto- administração mais ou menos vasto e genuíno, por intermédio de órgãos representativos da comunidade escolar...”³²

O único poder que o Governo tem sobre estas instituições é o de tutela, poder esse expressamente definido na alínea d) do artigo 199º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Compete ao governo, no exercício de funções administrativas, entre outras, “*dirigir os serviços e a atividade da administração direta do estado, civil e militar, superintender na administração indireta e exercer tutela sobre esta e sobre a administração autónoma*”.

Nesta sequência importa talvez, fazer uma breve passagem pela distinção entre tutela e superintendência, bem como direção (para que não se confunda com esta ultima). “*A superintendência distingue-se da direção porque, diversamente dela, não vincula o destinatário quanto ao conteúdo da sua atuação concreta, limita-se a apontar metas a essa atuação. Fixa os fins, não determina os meios. Quanto à tutela, ela não implica vincular ou*

³¹ Idem pág. 83

³² MOREIRA, VITAL “ Administração Autónoma e Associações Públicas”, Coimbra Editora, 1997, Pág. 46

orientar, mas em controlar; ex ante ou ex post – para garantir o respeito da Constituição e da Lei e, porventura, também de critérios de boa administração”³³

Do que foi dito em relação à Administração Autónoma e do que já tinha sido referido quanto à administração indireta do estado estamos em condições de afirmar que, para além da distinção imposta pela CRP no seu artigo 199º alínea d) tudo as distingue, a relação com o estado, a independência administrativa e a natureza dos respetivos sujeitos. Refere Vital Moreira³⁴ três diferenças essenciais entre esses dois tipos de administração:

- a) A administração Autónoma tem capacidade de autodefinição da orientação politico - administrativa (auto – orientação) face à administração indireta que lhe é dada pelo estado (hétero- orientação);
- b) O governo não pode, em principio, impor à Administração Autónoma orientações ou diretivas, enquanto que essa possibilidade é um elemento normal na administração indireta;
- c) O controlo do Estado sobre a Administração Autónoma não pode versar sobre a sua orientação politico – administrativa, enquanto no caso da administração indireta ela destina-se a verificar se os respetivos órgãos respeitaram a orientação que lhes foi dada.
- d) Acresce a tudo isto, a título de nota, que a descentralização administrativa, que decorre do artigo 267º da CRP³⁵, também ela impõe que o exercício da função administrativa esteja a cargo de diversas pessoas coletivas públicas, além do Estado.

³³ SOUSA, MARCELO REBELO in “Lições de Direito Administrativo” pág. 52

³⁴ MOREIRA, VITAL “ Administração Autónoma e Associações Públicas”, Coimbra Editora, 1997, Pág. 118

³⁵ Artigo 267.º da Constituição da República Portuguesa (Estrutura da Administração) 1. A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efetiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática. 2. Para efeito do disposto no número anterior, a lei estabelecerá adequadas formas de descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de ação da Administração e dos poderes de direção, superintendência e tutela dos órgãos competentes. 3. A lei pode criar entidades administrativas independente. 4. As associações públicas só podem ser constituídas para a satisfação de necessidades específicas, não podem exercer funções próprias das associações sindicais e têm organização interna baseada no respeito dos direitos dos seus membros e na formação democrática dos seus órgãos. 5. O processamento da atividade administrativa será objeto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que

Acresce a tudo isto, a título de nota, que a descentralização administrativa, que decorre do artigo 267º da CRP³⁶, também ela impõe que o exercício da função administrativa esteja a cargo de diversas pessoas coletivas públicas, além do Estado. Pode considerar-se que os institutos públicos constituem uma assim uma forma de descentralização funcional de acordo com o artigo 267º da CRP? Fica aqui a questão, que a ser assim entendido tem todavia um estatuto debilitado, pois remete-se para o legislador a determinação da sua existência e criação, designação e grau de autonomia.

A descentralização apresenta vantagens e inconvenientes. E pensamos que seja nos inconvenientes que lhe são apontados que reside a relutância em qualificar determinadas instituições nos caixilhos que deveriam. Se por um lado os serviços estão mais próximos das populações e a resposta a dar é mais rápida e célere, também se multiplicam os centros de decisão e as consequentes exigências patrimoniais e financeiras, dificultando o controlo do Estado. Mas aqui chegados urge a grande questão? Se devidamente acionados os mecanismos existentes aos dispor do Estado para punir os infratores (os gestores que gerem mal as instituições, sem responsabilidade, cuidado e sem terem a sua atuação pelos princípios da legalidade, igualdade, proporcionalidade, e todos os outros princípios constitucionais e da atividade administrativa que deveriam nortear a atuação desses gestores) que receio se mantem na relutância em descentralizar?

lhes disserem respeito. 6. As entidades privadas que exerçam poderes públicos podem ser sujeitas, nos termos da lei, a fiscalização administrativa.

³⁶Artigo 267.º da Constituição da República Portuguesa (Estrutura da Administração) 1. A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efetiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática. 2. Para efeito do disposto no número anterior, a lei estabelecerá adequadas formas de descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de ação da Administração e dos poderes de direção, superintendência e tutela dos órgãos competentes. 3. A lei pode criar entidades administrativas independente. 4. As associações públicas só podem ser constituídas para a satisfação de necessidades específicas, não podem exercer funções próprias das associações sindicais e têm organização interna baseada no respeito dos direitos dos seus membros e na formação democrática dos seus órgãos. 5. O processamento da atividade administrativa será objeto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito. 6. As entidades privadas que exerçam poderes públicos podem ser sujeitas, nos termos da lei, a fiscalização administrativa.

Sobre este aspeto refere Marcelo Rebelo de Sousa uma inquietação que gera algum desconforto quando escreve” *..os riscos de ineficiências em concreto são mais evidentes nos casos em que os titulares dos órgãos não tem de estar necessariamente preparados para responsabilidade de gestão administrativa, o que acontece quando são designados por eleição.*³⁷” Que é o caso dos órgãos de gestão das IES. Todavia conclui afirmando que as vantagens superam os inconvenientes.

“O Estado apresenta-se como *“forma jurídica da sociedade, um instrumento de centralização, estabilização e racionalização das forças políticas. Um sistema altamente estruturado, que se diferencia e especializa pelo exercício de determinadas funções, entre estas o monopólio do uso da força pública, atuando através da edificação de uma sólida base burocrática. Neste sentido, o Estado designa um sistema de controle e de ordem que regula as relações ou conduta externa dos homens na sociedade”*³⁸

Coexistimos numa forma de estado unitário, (por contraposição a um estado composto) e dentro deste como forma de estado unitário simples. Hoje a contraposição mais usual, no interior da forma de estado unitário, é entre o estado unitário simples e o estado unitário regionalizado”... ” *Em geral o Estado unitário conhece divisões territoriais, designadamente a “autonomia” do poder local ou das universidades e outras formas de “descentralização” ou “desconcentração” administrativas, com o objetivo de aproximar as populações das respetivas administrações”*.³⁹

Daqui resulta claro que desconcentração e descentralização administrativas não se confundem distinguindo-se pela entidades que prosseguem as atribuições do Estado serem nomeadas ou eleitas. No caso da desconcentração administrativa o Estado nomeia entidades e os trabalhadores adstritos a essas entidades “executam as ordens da administração central e tomam as decisões sob o seu controle. Encontram-se inseridos numa hierarquia administrativa”.

Já no que à descentralização diz respeito as atribuições do Estado são prosseguidas por entidades eleitas à escala local, distinguindo-se neste ponto a descentralização territorial em

³⁷ SOUSA, MARCELO REBELO, in “lições de direito administrativo”, pág. 226

³⁸ CRISTINA QUEIROZ, *Direito Constitucional*, Coimbra 2009, pág. 24

³⁹ CRISTINA QUEIROZ, *Direito Constitucional*, Coimbra 2009, pág. 32

que são caso perfeito as autarquias locais ou descentralização funcional (que é a aqui nos interessa), destacando-se aqui os “organismos autónomos” pessoas jurídicas encarregadas de gerir o serviço público, em que são caso perfeito as instituições de ensino superior.

2.5. Novas formas de conceber a Administração Pública

*Mudam-se os tempos mudam-se as vontades,
...todo o mundo é composto de mudança”
Luis de Camões*

Relativamente a esta questão e a melhor forma de a introduzir parece-me ser esta passagem de Vital Moreira⁴⁰, *...Assistimos desde há algum tempo a uma verdadeira revolução organizatória na Administração Pública. Uma revolução que põe em causa as suas fronteiras tradicionais e que deixou de ser apreensível com as categorias organizatórias herdadas do passado. Se quisesse dar um subtítulo a esta disciplina poderia chamar-lhe – novas fronteiras e formas de Administração Pública”.*

No início do atual capítulo fizemos uma passagem pela organização administrativa portuguesa, ou seja, sobre a organização administrativa numa perspetiva da sua organização (sentido orgânico). Essa Administração Pública vista no sentido orgânico que referenciamos nos pontos anteriores, tem sido alvo de algumas transformações.⁴¹

Na tradição jurídico - administrativa apenas se considera fazerem parte da administração pública em sentido orgânico as pessoas coletivas públicas e não as que dispõem de personalidade jurídica privada.

A doutrina tende hoje a integrar as pessoas coletivas de direito privado num conceito amplo de Administração Pública, falando a seu respeito, de entidades administrativas privadas e,

⁴⁰ MOREIRA, VITAL “ *Organização Administrativa*”, Coimbra 2001, pág. 16 e ss

⁴¹ Existem duas formas de entender a expressão administração pública: o sentido orgânico e o sentido material ou funcional. Aqui o que nos interessa é em sentido orgânico e neste sentido a administração pública refere-se ao conjunto das organizações públicas (de entre elas consta como mais importante – o Estado) Bem como a administração (direta ou indireta) e a administração autónoma.

portanto, de uma administração indireta privada, ou de uma Administração Pública em forma privada ou sob formas privadas. Neste sentido Pedro Gonçalves⁴², Paulo Otero⁴³, João Caupers que refere⁴⁴ “..também fazem parte da administração pública organizações públicas que apenas possuem personalidade jurídica coletiva de direito privado”.

Apesar de essa ser a tendência mais ampla da doutrina, tal entendimento não é inteiramente evidente⁴⁵

O que se pretende com este ponto inserido neste capítulo é demonstrar que efetivamente se em tempos existiu uma administração estável e facilmente qualificável em que existia um regime comum típico para cada uma das estruturas organizatórias facilmente determinadas e demarcadas, hoje essa realidade alterou-se profundamente. Tem existido efetivamente nalgumas matérias, já usualmente referido na doutrina como uma fuga para o direito privado.

46

⁴² In “Entidades privadas com poderes públicos” pág. 396 e ss;

⁴³ In “Legalidade a Administração Pública, pág. 304 e ss e in “Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado” a pág. 228 e ss que “a existência de uma tal Administração Indireta privada acarreta uma inevitável reformação do conceito orgânico- subjetivo de Administração Pública, hoje suscetível, por consequência, de comportar pessoas coletivas privadas sujeitas a um controlo ou influência dominantes dos poderes públicos”

⁴⁴ CAUPERS, JOÃO “Introdução ao Direito Administrativo”, 10ª edição, pág. 30 e 31

⁴⁵ Na opinião de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, a função administrativa não é exclusivamente exercida pelas entidades que integram a administração pública. “É por isso, possível – e aliás, cada vez mais frequente – depararmos com relações jurídicas administrativas estabelecidas entre entidades privadas, sem que nenhuma delas possua o estatuto de entidade pública, integrada na administração pública”⁴⁵

Na atribuição de funções por parte do legislador às figuras organizatórias públicas, que em momento histórico anterior eram, talvez, de mais claro abrangimento e das quais contam as estruturas organizatórias clássicas referidas no ponto anterior, - Administração direta e indireta, (com a autonomização dos institutos públicos) e administração autónoma, - cada vez mais nas ultima décadas “tem vindo a assistir-se, nas sociedades ocidentais, a um fenómeno de multiplicação de casos em que o legislador opta por confiar a gestão de recursos públicos para o exercício da função administrativa entidades privadas....A doutrina tem falado, a este propósito, de uma mudança de paradigma, que se concretiza numa fuga para o direito privado”⁴⁵

⁴⁶ No ponto específico do procedimento concursal é um dos exemplos claros de uma crescente fuga para o direito privado. Como nota de rodapé fazemos aqui uma breve passagem do que sobre o procedimento concursal e o que se tem verificado nesse âmbito. A este propósito referem Gomes Canotilho e Vital Moreira na *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra 2007, pág. 661 que “A exigência de concurso...testemunha a progressiva vinculação da administração, com a consequente redução da discricionariedade administrativa nos domínios do recrutamento e seleção de pessoal. Acrescentam que a regra constitucional do concurso consubstancia “um verdadeiro direito a um procedimento justo de recrutamento. Chamam a atenção para a crescente “fuga da administração para o direito privado” e para que a adoção do contrato na administração pública “não pode defraudar materialmente o princípio da imparcialidade e igualdade no recrutamento que a regra do concurso garante.”. (pág. 662do mesmo).

O recrutamento em regime de contrato de trabalho tem que garantir a objetividade e igualdade no acesso à função Pública. Jorge Miranda e Rui Medeiros, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, tomo I, pág. 478 posicionam-se no mesmo sentido, reiterando que o princípio da igualdade (artigo 13º) não deve em caso algum ser descurado e que esse princípio “postula o concurso como regra”.

Até à entrada em vigor da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho de 2004, o regime jurídico de emprego na Administração Pública era regido pelos DL n.º 184/89, de 2 de Junho de 1989 e pelo DL n.º 427/89, de 7 de Dezembro de 1989. *“Desde 1989, a lei enunciava taxativamente as diversas formas pelas quais é possível constituir-se uma relação de emprego com a administração pública. Primeiro através do DL n.º 184/89, de 2 de Junho, depois pelo DL n.º 427/89, de 7 de Dezembro, procuraram-se definir os únicos (sublinhado meu) meios pelos quais se poderia estabelecer um vínculo de emprego entre um particular e qualquer organismo da Administração Pública. Na verdade depois de enunciar que a relação jurídica de emprego na Administração se constituía com base numa nomeação e num contrato...depois de esclarecer que estes contratos se reduziam ao contrato administrativo de provimento e ao contrato a termo certo, logo o legislador consagrou a proibição de se constituírem relações de trabalho subordinado por outra qualquer forma, prescrevendo a responsabilidade solidária de todos os funcionários e agentes que, por ação ou omissão, contribuíssem para a admissão ou manutenção de pessoal por qualquer outra forma.”* MOURA, PAULO VEIGA, *“A privatização da Função pública”*, Coimbra editora, 2004, pág. 226.

O regime regra para a constituição da relação jurídica de emprego público era a nomeação ou o contrato administrativo de provimento (O contrato administrativo de provimento conferia ao seu titular a qualidade de “agente administrativo”). Sendo certo que a privatização do emprego público começou a manifestar-se com a entrada em vigor da Constituição da República Portuguesa de 1976 e com a admissão de realidades para o emprego público anteriormente apenas cometidas ao direito privado (Neste sentido também Francisco Liberal Fernandes, *“Autonomia coletiva dos trabalhadores da administração. Crise do modelo clássico de emprego público”*, que refere que o regime da função pública tem vindo a aproximar-se do contrato de trabalho, *“especialmente a partir do reconhecimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores aos agentes sa Administração”*, pág. 109) houve a partir de 2004 uma grande onda de mudança.

Assim, a partir da entrada em vigor da Lei n.º 23/2004, o regime do contrato individual de trabalho, em qualquer das suas modalidades passava a ser um regime paralelo e independente em relação ao dos trabalhadores com vínculo jurídico de Direito Público. Decorre da Lei n.º 23/2004 *“e da sua alteração – introduzida pelo seu artigo 28º os Decretos – Lei n.º 184/89 d e2 de Junho e 427/89 de 7 de Dezembro que, a partir de agora, deixa de ser necessária uma previsão expressa nos diplomas orgânicos das pessoas coletivas públicas para habilitar à contratação em regime laboral. A admissibilidade genérica de, as pessoas coletivas públicas celebrarem contratos de trabalho significa que o trabalho subordinado na Administração Pública passa a ser enquadrado em paralelo com o regime de direito público. Assim o contrato de trabalho deixa de ser um regime excecional no âmbito da Administração Pública”*(RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, BRITO, PEDRO MADEIRA, *Contrato de trabalho na Administração pública, Anotação à Lei n.º 23/2004 de 22 de Junho – 2ª edição atualizada*, pág. 9.)

O regime do contrato de trabalho subordinado na Administração Pública regia-se, nos termos da Lei n.º 23/2004, não por uma relação de Direito Administrativo, mas por uma relação de Direito Privado, subordinado às regras do Código do Trabalho, com as alterações constantes daquele diploma (artigo. 2º, nº1 da Lei n.º 23/2004). Era um contrato entre uma pessoa coletiva pública e um particular, para a prestação de uma atividade de âmbito laboral, assumindo essa pessoa coletiva pública o papel de empregador. Esta relação não conferia ao trabalhador a qualidade de funcionário público ou agente administrativo, ainda que a pessoa coletiva pública tivesse um quadro de pessoal (*Com a entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008 a designação deixou de ser a de “quadro de pessoal” passando a ser a de “mapa de pessoal”, conforme artigo 5º da Lei n.º 12- A/ 2008 de 27 de Fevereiro. De acordo com esse artigo 5º, os mapas de pessoal contêm a indicação do número de postos de trabalho de que o órgão ou serviço carece para o desenvolvimento das suas atividades, caracterizado em função: Da atribuição, competência ou atividade do ocupante (em desenvolvimento do “conteúdo funcional”); Do cargo ou carreira e categoria que lhe correspondam e da área de formação académica ou profissional de que o ocupante deve ser titular*) em regime de direito público (artigo 2º, nº2 da Lei n.º 23/2004).

Importa notar aqui um aspeto da maior relevância para as instituições de ensino superior, referia a alínea f) do n.º 1 do artigo 1º da Lei n.º 23/2004 que às universidades, institutos politécnicos e escolas não integradas do ensino superior não lhes era aplicável o regime da referida lei. (Na opinião de Maria do Rosário Palma Ramalho e Pedro Brito, o facto de as entidades estarem excluídas desse âmbito do n.º 3 não queria dizer, por si só, que se podiam celebrar contratos de trabalho. Tal possibilidade devia ser encontrada em lei especial aplicável às pessoas coletivas públicas excecionadas pela lei.).

A privatização do direito público não é uma realidade exclusiva do direito português, Na Itália por exemplo este fenómeno propagou-se, sobretudo a partir do decreto Legislativo n.º 29/1993. (Anotação de rodapé na pág. 59, ANTUNES, VERA LÚCIA, *O Contrato de trabalho na Administração Pública*, Coimbra Editora, 2010) Sobre esta matéria está bem claro o Relatório final do Estudo comparado dos regimes de emprego público de países europeus, INA /DGAEP. (*O objetivo principal do estudo foi proceder a uma análise comparativa dos sistemas de emprego público em nove países europeus - Alemanha, Espanha, Finlândia, França, Irlanda, Itália, Reino Unido, Suécia e Suíça – a qual se centrou nos regimes de emprego, carreiras e sistemas remuneratórios. Em praticamente todos os países existe dualidade de regimes de emprego público (Nomeação e CIT) sendo, no entanto, a sua repartição bastante variável. O de nomeação é dominante em Espanha (60 %), Irlanda (58,7%) e França (55%), o de contrato individual de trabalho é-o no Reino Unido (90,7%), Itália (83%) e Finlândia (81%). Na Suécia verifica-se a exclusividade do Contrato Individual de Trabalho. No entanto a Suécia e a Suíça são, de alguma forma, exceções, dado que ambos preveem emprego público em Contrato Individual de Trabalho, mas regulado pelo direito público.*) Ora, este era o cenário até a entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008. Caracterizava-se por uma “intercomunicabilidade dos regimes de trabalho nos sectores privado e público”(RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, BRITO, PEDRO MADEIRA, *Contrato de trabalho na Administração pública*, Anotação à Lei n.º 23/2004 de 22 de Junho, pág. 15). “ Hoje é pacífico que, no desempenho das suas funções e de acordo com as suas conveniências, a Administração pode utilizar indiscriminadamente institutos de direito privado e direito público...presença progressiva do Estado na vida social e económica conduziu ao uso crescente de instrumentos jurídicos de natureza não imperativa, de tal modo que já não é de agora que se assiste a uma verdadeira “fuga para o direito privado” (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, “Autonomia coletiva dos trabalhadores da administração. Crise do modelo clássico de emprego público” Boletim da faculdade de direito Stvdia ivridica 9, pág. 95 e 96).

Com a entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008 que aprovou os novos regimes de vinculação, carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública, bem como a Lei n.º 59/2008 (*A Lei n.º 59/2008 revogou a Lei n.º 23/2004, com exceção dos artigos 16º a 18º. Esta revogação é aplicável apenas a partir de 01.01.2009, pelo que até lá a Lei n.º 23/2004 e o artigo 117º da Lei n.º 12-A/2008 se mantêm*) de 11 de Setembro que aprovou o regime de contrato de trabalho em funções públicas os ventos de privatização refrearam um pouco. Apesar da exposição de motivos da Lei n.º 59/2008 referir claramente que pretende seguir de perto o regime do contrato de trabalho, a entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008 veio, pelo menos, modificar este quadro de “fuga para o Direito Privado” na contratação dos trabalhadores da Administração Pública. Se por um lado, o regime jurídico aplicável à maior parte dos trabalhadores da administração pública passou a ser o contrato de trabalho em funções públicas, mantendo de certa forma um assento de direito privado, por outro, esse contrato de trabalho em funções públicas tem uma natureza jurídica de direito público claramente de acordo com o previsto no artigo 9º da Lei 12-A/2008. (*Artigo 9º da Lei n.º 12- A/ 2008 de 27 de Fevereiro “ O contrato é o ato bilateral celebrado entre uma entidade empregadora pública, com ou sem personalidade jurídica, agindo em nome e em representação do Estado, e um particular, nos termos do qual se constitui uma relação de trabalho subordinado de natureza administrativa”*). A Lei n.º 59/2008 não estabelece qualquer definição de contrato de trabalho, remetendo implicitamente para a Lei n.º 12-A/2008.

O contrato individual de trabalho por tempo indeterminado na Administração Pública era já anteriormente admitido, embora com limitações, em particular nos Institutos Públicos (por exemplo na Lei Quadro dos Institutos Públicos, Lei n.º 3/2004, de 15/01). O contrato de trabalho a termo era já expressamente admitido pelos DL 184/89 e DL 427/89, e igualmente utilizado com alguma frequência, embora (teoricamente) sempre com carácter excecional.) Assim, a conceção é de que não se constitui uma relação jurídica de direito privado, mas sim uma relação jurídica de Direito Público, ou mais precisamente e de acordo com a letra da lei “*uma relação de trabalho subordinado de natureza administrativa* (O foro aplicável será o dos Tribunais Administrativos (artigo 83º da Lei 12-A/2008). Em suma, se por um lado a Lei n.º 23/2004 alargou o âmbito de aplicação, permitindo essa aplicação à generalidade das pessoas coletivas públicas, consentindo a contratação de trabalhadores diretamente com recurso ao Código do Trabalho ou através do regime específico deste diploma (Artigo 1º da Lei n.º 23/2004, bem como alterações inseridas por este diploma no DL 184/89 e 427/89 posteriormente, a Lei n.º 12-A/2008 veio alargar o âmbito de aplicação do contrato de trabalho (sendo agora designado contrato de trabalho em funções públicas), mas retirou-lhe a natureza de direito privado, bem como a aplicação direta do Código do Trabalho. Contudo, no Contrato e apesar de todas estas alterações, subsistirão as seguintes características, necessárias e até ditadas por imperativos constitucionais:

Noutro modo de formular a questão, assiste-se desta forma uma privatização da Administração Pública.⁴⁷

Apesar de Paulo Otero⁴⁸ referir que a privatização da administração Pública, ao contrário do que se possa pensar, não é um fenómeno recente (e faz uma passagem dessa evolução desde o Seculo XV), efetivamente “o *actual fenómeno privatizador da Administração Pública....pouco tem a ver com os modelos históricos de privatização*”⁴⁹. Refere ainda nessa publicação as especificidades do atual processo de privatização da Administração Pública.⁵⁰

E adianta os 3 princípios nucleares de natureza constitucional que fundamentam hoje a privatização da Administração Pública no ordenamento jurídico português: o princípio da eficiência, o princípio da participação e o princípio do respeito pelas vinculações comunitárias. E conclui afirmando que “ *o principal problema que a privatização da Administração Pública hoje coloca não é já a procura de uma justificação, mas sim o determinar dos seus limites, sabendo-se que nem toda a Administração pode ser privatizada*”⁵¹

-
- a) Carácter Público da relação de emprego público;
 - b) Interesse Público como fim último da prestação da atividade (*A razão de ser da Administração Pública e da sua organização prende-se inequivocamente com a prossecução do interesse público, o que manifesta e evidencia em diversificadas formas e modalidades de intervenção dos poderes públicos*) COLAÇO ANTUNES, LUIS FILIPE, *O Direito Administrativo e a sua justiça no início do Século XXI – algumas questões*. Pág. 15).
 - c) Regime jurídico definido primordialmente pela Administração Pública, sem prejuízo da negociação coletiva e individual, designadamente no que concerne ao posicionamento remuneratório, e aos aspetos referidos na Lei n.º 59/2008.

É consensual que “ *a utilização do contrato de trabalho no seio da Administração Pública comporta especificidades que decorrem, por um lado, da especial natureza do empregador que prossegue o interesse público e, por outro, dos princípios constitucionais que vinculam todos os trabalhadores da Administração Pública*” (Exposição de Motivos da proposta de Lei n.º 100/IX)

⁴⁷ ANTUNES, COLAÇO in “*existe un criterio para la persona colectiva de derecho publico?*” publicado na Revista de Administración Pública n.º 183 do ano de 2010, pag. 53 e ss refere que “ *..cuando las entidades publicas primarias comenzaron a crear entes públicos instrumentales que sólo parcialmente poseían caracteres públicos, al mismo tiempo que procedían a la creación de personas colectivas típicas del derecho privado (asociaciones, fundaciones..) comenando a perfilarse la privatización de la Administración en sus formas de organización*”

⁴⁸ In “*Coordenadas jurídicas de privatização da administração Pública*” texto que corresponde ao desenvolvimento de uma conferência efetuada no “IV colóquio Luso- Espanhol de Direito Administrativo”, realizado em Coimbra a 6 e 7 de Abril de 2000, subordinado ao tema “ *os caminhos da privatização da Administração Pública*”

⁴⁹ OTERO, PAULO...”*Coordenadas....*”Pág. 36

⁵⁰ Separa nessa senda seis principais conceitos jurídicos de privatização da Administração Pública, a saber: Privatização da regulação administrativa da Sociedade; Privatização do direito regulador da Administração; Privatização das formas organizativas da Administração; privatização da gestão ou exploração de tarefas administrativas; privatização do acesso a uma atividade económica; privatização do capital social de entidades empresariais públicas

⁵¹ OTERO, PAULO...”*Coordenadas....*”Pág. 57

Maria João Estorninho⁵² refere que “ *uma das consequências fundamentais do processo de alargamento das tarefas da Administração Pública, no Estado Social, é o facto de ela passar a utilizar o meio de atuação mais típico do direito privado – o contrato*”. Face ao crescimento da administração, da sua insuficiência de resposta às múltiplas necessidades e para evitar uma constatada ineficiência, resolve o estado encontrar formas de privatização. O problema crucial surge quando essas formas de privatizar visam apenas ultrapassar as vinculações jurídico-públicas a que a Administração de outra forma estaria sujeita (em relação às competências, às formas de organização e de atuação, ao controlo e à responsabilidade).

Refere Colaço Antunes nesta matéria e neste sentido que “ *A desconstrução do direito administrativo resulta, portanto, de fatores internos (a perda do centro – estado) e não de factores externos ou supranacionais. A reconstrução vem pela mão da ordem jurídica comunitária, de que o direito administrativo é, e foi, um elemento estruturante. O legislador nacional privatiza, enquanto o direito administrativo europeu publiciza. Os sintomas e exemplos principais de desconstrutivismo.....são.....desconstrução das estruturas administrativas para iludir a legalidade das decisões(exemplo novo: as fundações universitárias, as fundações públicas de direito privado...)- privatização na forma de organização.... A desadministrativização do aparelho institucional da Administração Pública e a abertura crescente aos instrumentos privatísticos pode conduzir a um novo modo de ser da função administrativa*”⁵³

Apesar destas passagens pela doutrina aparentemente não muito favoráveis a este fenómeno de privatização a verdade é que ele tem que ser entendido à luz das novas exigências do mundo em que vivemos em que a rapidez de circulação do conhecimento, muitas vezes não se compadece com modelos mais tradicionais. A flexibilização da administração pública em determinados aspetos é difícil, burocrata, empanca e bate com as rodas em todas as esquinas e não flui como deveria (caso paradigmático é o que dá azo a esta tese) com vista a assegurar os princípios da eficiência e boa administração bem como o seu fim último a realização do interesse público. Fosse a Administração mais flexível na combinação de regimes mitigados ou híbridos apesar da sua dificuldade de enquadramento nalguns casos evitaria (se tal for o objetivo) a referida “ fuga para o direito privado”.

⁵² In “*fuga para o direito privado*”, coleção teses, Almedina 1999, pág. 42

⁵³ ANTUNES, COLAÇO in” *O direito administrativo sem estado*”, Coimbra editora 2008, pág. 36 e ss

2.6 Em particular as IES com o estatuto de fundações públicas de Direito Privado

Na sequência do anterior ponto sobre as novas formas de administração pública, o regime jurídico das Instituições de ensino superior públicas vem permitir que as instituições de ensino superior adotem o estatuto de fundações públicas de Direito Privado, como já aconteceu com a Universidade do Porto, a Universidade de Aveiro e o Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa.

Entendemos estas “privatizações” numa perspetiva construtiva, na ótica de gerar mais eficiência para o organismo e não na visão que se encobre como uma “fuga” às vinculações jurídicas (apesar de como vimos na doutrina restar sempre a dúvida do fim último destas “privatizações”).

Esse diploma que regula as instituições de ensino superior regula no seu capítulo VI do título III a possibilidade de as instituições de ensino públicas (de ensino politécnico e universitário, bem como as suas escolas), poderem revestir a forma de fundações públicas com regime de direito privado. A faculdade, concedida pelo supra referido diploma legal, foi uma resposta ao relatório da OCDE intitulado “A avaliação do sistema de ensino superior em Portugal”, e encomendado pelo nosso país em 2005.⁵⁴

Na sequência deste nosso entendimento a ideia transmitida pelo relatório supramencionado também não é privatizar no sentido de “fuga para o direito privado”, mas sim no sentido de dar maior autonomia de funcionamento às instituições de Ensino Superior, para que possam ter lideranças mais autónomas, permitindo-lhes levar a cabo mais iniciativas e apostar mais na inovação.

Para a adoção desse novo modelo jurídico mostra-se necessário o cumprimento dos requisitos referidos nos números 1 a 4 do artigo 129º do já citado diploma legal.⁵⁵

⁵⁴ Resumidamente, este relatório recomendava “uma maior diversificação do sistema de governação das instituições (§2.46 e 2.47), podendo implicar alterações no estatuto legal de algumas instituições em função do seu desempenho (§7.32). Em particular, deverão ser estudadas as possíveis modalidades legais, nomeadamente ao nível do desenvolvimento de fundações, de forma a viabilizar a institucionalização de corpos próprios de docentes e funcionários não-docentes, assim como sistemas autónomos de gestão de recursos humanos”...” Em geral, deverá ser promovida uma maior autonomia das instituições em relação às suas próprias decisões de gestão e governação, o âmbito da qual deverá ser função do tipo e desempenho de cada instituição (§7.34).”

⁵⁵ Artigo 129.º “Criação da fundação 1 — Mediante proposta fundamentada do reitor ou presidente, aprovada pelo conselho geral, por maioria absoluta dos seus membros, as instituições de ensino superior públicas podem requerer ao Governo a sua transformação em fundações públicas com regime de direito privado. 2 — A

As regras que deve obedecer, caso fosse uma escola integrada num politécnico ou faculdade integrada numa Universidade a solicitar a passagem a fundação (e não o próprio politécnico ou própria universidade), para além das exigências formais mencionadas supra, são que essa alteração de regime jurídico deve ocorrer no quadro da criação de uma entidade mais ampla, com a natureza de consórcio, sendo que a solicitação que é feita, ao governo, (nas condições por este fixadas), dever ser acompanhada desse projeto de consórcio, de um estudo acerca das implicações da transformação institucional sobre a organização, a gestão, o financiamento e a autonomia e de um parecer da instituição⁵⁶.

Que vantagens, pode ter uma fundação de direito privado, face ao enquadramento jurídico do RJIES?

- a) Relativamente à flexibilidade no recrutamento e na gestão de pessoal? Apesar do atual regime jurídico permitir uma gestão flexível no âmbito da gestão do pessoal (artigo 125º do RJIES), é certo que a flexibilidade é maior no caso das fundações até porque se não lhes aplicam a maior parte das regras limitativas do orçamento de estado (exemplo das limitações referidas no artigo 39º da Lei de orçamento de estado);

transformação de uma instituição em fundação pública com regime de direito privado deve fundamentar-se nas vantagens da adoção deste modelo de gestão e de enquadramento jurídico para o prosseguimento dos seus objetivos. 3 — A proposta deve ser instruída com um estudo acerca das implicações dessa transformação institucional sobre a organização, a gestão, o financiamento e a autonomia da instituição ou unidade orgânica. 4 — Havendo concordância por parte do Governo na transformação institucional, é firmado um acordo entre este e a entidade a ser objeto da transformação, abrangendo, designadamente, o projeto da instituição, o programa de desenvolvimento, os estatutos da fundação, a estrutura orgânica básica e o processo de transição, bem como as circunstâncias em que se pode operar o seu regresso ao regime não fundacional, designadamente através da eventual definição de um período inicial de funcionamento sujeito a avaliação específica. 5 — Uma escola pode, excecionalmente, solicitar ao Governo, nas condições gerais por este fixadas, a sua transformação em fundação pública com regime de direito privado. 6 — A transformação de uma escola em fundação deve ocorrer no quadro da criação de uma entidade mais ampla, com a natureza de consórcio, envolvendo a fundação, e a instituição de origem, ou as suas escolas, podendo agregar igualmente outras instituições de ensino, investigação e desenvolvimento, independentemente da sua natureza jurídica. 7 — A solicitação deve ser acompanhada de: a) Estudo acerca das implicações da transformação institucional sobre a organização, a gestão, o financiamento e a autonomia; b) Projeto de consórcio; c) Parecer da instituição. 8 — Sem prejuízo do disposto nos artigos 42.º e 44.º, os consórcios referidos no n.º 6 podem adotar, respetivamente, a designação de universidade ou de instituto politécnico. 9 — A mudança institucional pode ainda ter por objeto a criação de uma nova instituição que resulte da recomposição de unidades orgânicas de diversas instituições de ensino superior públicas e de instituições de investigação e desenvolvimento públicas ou privadas. 10 — No caso a que se refere o número anterior, a criação da nova instituição pode resultar de iniciativa do Governo, com o acordo das instituições envolvidas, ou de iniciativa destas. 11 — A criação da fundação pode também ser decidida por iniciativa do Governo, observado o disposto no n.º 3, quando se trate da criação de uma nova instituição que não resulte de transformação de instituição anterior. 12 — A criação da fundação é efetuada por decreto-lei, o qual aprova igualmente os estatutos da mesma.

⁵⁶ Conferir nº 5 e ss do artigo 129º do referido regime jurídico.

- b) Há evidentes ganhos de eficiência e competitividade, apesar desta ser uma preocupação constante das IES e a sua violação uma preocupação firme;
- c) As fundações saem do âmbito de aplicação do CPA salvo nos princípios gerais e do CCP⁵⁷

Já as desvantagens podem ser muitas ou poucas face à gestão que for sendo feita nas IES, havendo maior complexidade jurídica (pela convivência dos regimes público e privado) e perda de prerrogativas que só os organismos públicos detém, podem estas realidades serem desvantajosas ou convertidas em vantagens face à boa gestão e boa administração. Existe sim, parece-nos um receio generalizado à inovação institucional que deve ser combatido. Nem

⁵⁷O já referido artigo 2º n.º 1 alínea e) do CCP exclui do conceito de entidades adjudicantes as fundações públicas previstas na Lei n.º 62/2007, de 10 de Setembro. Aqui coloca-se a questão de saber se estarão incluídos na previsão do artigo 2º n.º 2 ou se estão excluídos da previsão do artigo 2º tout court. Estando expressamente excluídas do n.º 1 do artigo 2º poderia justificar-se a sua inclusão no n.º 2 do mesmo artigo em virtude de ter este número transposto o já referido n.º 9º do artigo 1º da Diretiva 2004/18/CE que define o conceito de organismo público, podendo assim considerar-se, as fundações em análise, como criadas para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral com carácter não industrial ou comercial, dotadas de personalidade jurídica e cuja atividade seja financiada maioritariamente pelo Estado. (que gozariam de uma maior liberdade procedimental cf. artigos 19º e 20º do CCP). Tudo apontava para que sim, contudo, o Decreto – Lei n.º 278/2009 de 2 de Outubro veio alterar a referida disposição legal (artigo 2º n.º 2), referindo nesse tipo legal que se excluem as fundações públicas previstas na Lei n.º 62/2007, de 10 de Setembro. Assim sendo, estão as fundações excluídas do n.º 2 do artigo 2º, em virtude da alteração legislativa referida. Todavia, não podem deixar de estar incluídas na previsão do n.º 9º do artigo 1º da Diretiva 2004/18/CE, pois cumprem os três requisitos de qualificação, nomeadamente têm personalidade jurídica, são criadas para satisfazer necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial (se não atuam no mercado numa situação de livre e plena concorrência com outros operadores económicos privados) e por fim existe uma situação de dependência efetiva em relação a uma entidade adjudicante (neste conceito sobrevivem 3 subfactores, sendo alternativos e não cumulativos, pelo que o facto de ser administrada por um conselho de curadores nomeados pelo governo (artigo 131º do Regime jurídico das Instituições de Ensino Superior) faz delas organismos de direito público. Esta definição de organismo público, engloba, as fundações de direito público, estando estas por conseguinte sujeitas aos procedimentos concursais, ou seja à parte II do CCP, em contratos com valores superiores aos referidos nas alíneas c) e b) do artigo 7º da Diretiva 2004/18/CE alterada pelo regulamento (CE) n.º 1422/2007 da Comissão de 04 de Dezembro de 2007. Conclui-se assim por uma equiparação da realidade destas fundações ao caso, por exemplo dos E.P.E, por serem organismos de direito público na cação “comunitária” fazendo uma interpretação extensiva e equiparando consequentemente as fundações ao previsto no nº 3 do artigo 5º ou seja aplicando-se – lhes apenas aqueles limiares comunitários aí previstos. Pois, não é tanto o que a entidade é mas o que faz o que determina o seu âmbito de aplicação, parece-nos que as fundações estão inseridas ao mesmo nível que as E.P.E. e atividades de natureza científica e tecnológica das instituições de ensino superior, pois não parece haver dúvidas que prosseguem a satisfação de necessidades de interesse geral. Ainda relativamente a um dos requisitos (carácter comercial ou industrial), menos desenvolvido supra, podemos considerar que as fundações operam no mercado numa posição de autoridade, na sua veste pública, entendido isto como uma posição de não paridade com os particulares, não submetidos assim á lógica do mercado e à livre concorrência, concretamente definidos como distintivos da sua classificação.

tudo que é desconhecido ou ainda está em fase embrionária de desenvolvimento ou de maturação jurídica é mau.

Na nossa opinião as vantagens com certeza pesarão mais na balança considerando logo em primeira instância a passagem para um regime de maior flexibilidade e espaço para, com base em diagnósticos de necessidades previamente elaborados e com base na sua experiência secular da maior parte das instituições de ensino superior, responder de uma forma objetiva e direcionada às atuais necessidades da sociedade. E isto porque efetivamente o atual modelo não é, por diversas razões (e até por aquela que dá azo a esta tese) um modelo flexível que permita uma gestão eficiente.

Com isto não se intua que o Estado, ou as instituições públicas de ensino, não respondem às necessidades dos cidadãos, designadamente dos jovens ciosos de conhecimento, nem muito menos, como foi dito em ponto anterior, procuram com estas novas formas de “privatização” libertar-se de vinculações jurídico – públicas. Apenas daqui se conclua que os modelos criados pelo Estado para dar essa resposta, ficam muitas vezes comprometidos pelo emaranhado da legislação de direito público e consequentes procedimentos contratuais tipificados na lei, que inúmeras vezes se implodem sem solução, incapacitando assim a atuação oportuna dos órgãos de gestão que com isto não atentam no objetivo essencial – o ensino de excelência! (como é o caso de errado enquadramento das IES para efeitos de compras públicas).

Uma fundação pública de direito privado permite, de uma forma indireta⁵⁸ ao Estado, ver solucionados algumas disfunções graves que o desgastam na área da educação e do ensino superior em Portugal.’

Há alternativas ao regime fundacional?

Nos mesmos moldes “ de privatização” a resposta tem que ser negativa. Todavia uma maior flexibilidade e uma atuação conforme ao estatuto constitucional de autonomia a que as instituições de ensino superior estão sujeitas, facilitaria em muito a gestão das IES. As fundações que alicerçam a sua existência no efetivo aumento de flexibilidade na contratação, na gestão das despesas e receitas, nas formas de financiamento adicionais, na liberdade de

⁵⁸ Não no sentido de Administração Indireta do Estado.

gestão patrimonial e na gestão efetiva da aquisição de bens e serviços teriam eventualmente atingido os mesmos objetivos sem perder o carácter de pessoa coletiva de direito público.

No caso em concreto as fundações estão excluídas da vinculação da agência que centraliza as compras públicas.

3 ENQUADRAMENTO DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR PÚBLICAS NA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

3.1 A questão em análise.

Deixamos pendente no ponto da Administração Autónoma que parte da resposta que se procura há -de apurar-se do equilíbrio entre a autonomia garantida constitucionalmente, no artigo 76º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP), que visa sobretudo garantir a liberdade de ensino⁵⁹ e as vinculações a que as instituições de ensino superior estão sujeitas.

Esta autonomia tem consagração constitucional. Desde a primeira revisão constitucional em 1982 que o artigo 76º n.º 2 da CRP dispõe que “ *As universidades gozam, nos termos da lei, de autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira, sem prejuízo da adequada avaliação da qualidade de ensino*”.⁶⁰

⁵⁹ A importância das referidas funções crítica e formativa das IES no desenvolvimento das sociedades encontra-se suficientemente plasmada no artigo 11.º n.º 4 da Lei de Bases do Sistema Educativo – aprovada pela Lei n.º46/86, de 14 de Outubro, na redação resultante da Lei n.º 49/2005, de 30 de Agosto – que dispõe que “*o ensino politécnico orientado por uma constante perspectiva de investigação aplicada e de desenvolvimento, dirigido à compreensão e solução de problemas concretos, visa proporcionar uma sólida formação cultural e técnica de nível superior, desenvolver a capacidade de inovação e de análise crítica e ministrar conhecimentos científicos de índole teórica e prática e as suas aplicações com vista ao exercício de atividades profissionais*”

⁶⁰ Dispõe em determinado momento o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 491/2008 que “*Mas é também certo que ela a não densifica, tendo-se limitado a apontar os domínios materiais que a mesma abrange (autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira) e a remeter para a lei ordinária a definição do concreto âmbito em que a mesma se consubstancia. Todavia, do preceito constitucional pode inferir-se, pelo menos, a ideia de que o legislador ordinário está obrigado a conferir conteúdo útil e constitucionalmente relevante à garantia de autonomia universitária, nos domínios enunciados, o que passa por ter de prever um regime que salguarde a proteção, nessas matérias, dos interesses específicos e próprios das universidades. Os termos mais ou menos amplos em que essa autonomia se pode expressar, ou o recorte geral*

Para melhor compreender em que âmbito se pretende delimitar autonomia neste estudo importa referir que, “*esta garantia constitucional comporta duas dimensões, uma componente pessoal que garante à comunidade académica e liberdade de ensinar e investigar e uma componente institucional que consiste num direito fundamental da própria universidade à autonomia*”⁶¹. E ainda que se chegue à conclusão que as IES não são detentoras de direitos fundamentais, quer se conclua o contrário⁶², o resultado face à aplicação do regime de direitos liberdades e garantias é o mesmo.⁶³

Referira-se desde já, e para que à frente não se coloquem estas questões de âmbito objetivo que à questão de saber se a autonomia referida no n.º 2 do artigo 76º da CRP está também garantida para as demais escolas do ensino superior público, designadamente as escolas politécnicas. A resposta só pode ser positiva.

Apesar de numa 1ª análise e na opinião de Gomes Canotilho e Vital Moreira, a resposta ser negativa.

Todavia, defendem estes autores que “*nada impede a lei de estender a autonomia universitária ao ensino politécnico, com mais ou menos adaptações. E uma vez legalmente reconhecida (direito fundamental de origem legal) a autonomia desses estabelecimentos, embora sem a força de garantia constitucional direta não deixa de ter uma certa proteção constitucional indireta*”⁶⁴

O RJIES faz essa extensão no artigo 11º n.º 1 ao prever “*As instituições de ensino superior públicas gozam de autonomia estatutária, pedagógica, científica, cultural, administrativa, financeira, patrimonial e disciplinar face ao Estado, com a diferenciação adequada à sua*

do âmbito normativo da autonomia, foram, assim, deixados, pelo legislador constitucional, para o legislador ordinário, a concretizar através de lei formal (a lei quadro da autonomia universitária).

⁶¹ COPETTO, MIGUEL in “*Autonomia Universitária. Enquadramento histórico, político e legislativo*”, UAL, pág. 112.

⁶² PINTO, ANA LUISA, in “*Breves reflexões sobre o estatuto das universidades públicas*” Revista o Direito, ano 139º 2007, III, que refere na pág. 662 que “*as prerrogativas de autonomia conferidas pela Constituição às universidades constituem um verdadeiro direito fundamental*” e PAULO OTERO refere no “poder se substituição em Direito Administrativo, na pág. 549 que “*entendida a autonomia universitária como direito fundamental*”

⁶³ MIRANDA, JORGE E GARCIA, MARIA DA GLÓRIA in “*lei do financiamento do ensino superior*”, Revista da faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra editora (1998) Vol. XXXIX – n.º 1 Pág. 304.

⁶⁴ GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”, Coimbra 2007, anotação ao artigo 76º, pág. 917

natureza.”⁶⁵ E só no n.º 2 deste mesmo artigo e diploma fazer referência ao estatuto constitucional de algumas dessas autonomias das universidades.

Em paralelo com esta questão está em saber se o princípio se aplica às universidades e (politécnicos) na sua globalidade ou também a cada uma das suas unidades orgânicas. Parece claro que as razões que a justificam para fora também a justificam para dentro, e apesar de tal entendimento pertencer à liberdade de decisão legislativa, tudo leva a crer que a resposta só pode ser positiva.

Refletindo sobre os moldes que levam a que a autonomia tenha um papel tão central nas IES cremos que autonomia é antes do mais um limite imposto pela liberdade de ciência quer ao legislador quer à administração tutelar no que concerne à organização destas instituições e às atividades científicas de investigação e ensino desenvolvidas no seu seio – cujos único propósito e razão de ser são a proteção da comunidade científica face a ingerências estranhas (não apenas dos poderes públicos, mas de quaisquer terceiros).

Para Pereira Coutinho, a autonomia universitária compreende-se e explica-se como fenómeno funcional de direitos fundamentais a ser desenhado na exata medida do que seja reclamado pelas liberdades individuais exercidas em cada Universidade, estando em causa assegurar aos respetivos titulares um grau de participação qualificado em decisões que moldam, enquadram ou afetam o seu exercício no quadro universitário.⁶⁶

Essencial ao conceito de autonomia (pelo menos no que respeita às autonomias constitucionalmente consagradas) é por conseguinte o facto de estarmos perante instituições a quem é confiado um domínio de interesses que o constituinte reconhece que serão por essas instituições mais adequadamente prosseguidos e o poder de regular esses mesmos assuntos e em geral resolverem os seus problemas da forma por si julgada mais adequada, dispondo para tal dos meios necessários e gerindo com grande liberdade o seu funcionamento nesse aspeto limitando-se a administração estadual a exercer uma tutela de mera coordenação, no respeitante quer à dimensão material constituída pela autonomia científica, quer mesmo à

⁶⁵ A garantia constitucional de autonomia desdobra-se em distintas modalidades de autonomia, a saber (definidas no RJIES, nos seguintes artigos: 66º (autonomia estatutária), 71º (autonomia académica), 72º (autonomia cultural), 73º (autonomia científica), 74º (autonomia pedagógica), 75º (autonomia disciplinar), 109º (autonomia patrimonial), 110º (autonomia administrativa) e 111º (autonomia financeira).

⁶⁶ PEREIRA COUTINHO, in “*As faculdades normativas universitárias no quadro do direito fundamental à autonomia universitária*” - o caso das universidades públicas”.

dimensão desta instrumental das autonomias administrativa e financeira, uma tutela essencialmente de mera legalidade.

Se só as universidades gozam da autonomia reconhecida pelo art.º 76 n.º2 da CRP, e não as escolas dos demais níveis de ensino isto indicia uma substantiva diferença também entre a mesma liberdade de ensino científico e a mera liberdade geral de expressão ou comunicação docente.

Deixamos pendente anteriormente a questão que acabamos de esclarecer.

Estamos agora aptos a colocar a questão central do estudo, constituem as instituições de ensino superior entidades integradas na administração indireta do estado ou na administração autónoma?

A razão da passagem anterior pela doutrina relativamente à organização administrativa portuguesa teve o propósito de deixar o caminho preparado para fazermos agora o enquadramento das Instituições de Ensino Superior naquela organização administrativa. E antes da nossa conclusão referiremos algumas posições doutrinárias sobre a matéria, a lei que regula este assunto, o âmbito da agência, as posições ministeriais e os acórdãos de tribunal de contas. Por fim concluiremos.

Com base em todos as evidências que iremos demonstrar, tentaremos rebater a atual caracterização das IES face à contratação via Agência Nacional de Compras Públicas.

3.2 A Doutrina e a Jurisprudência

A doutrina não é unânime.

I) Para Freitas do Amaral, são institutos públicos na modalidade de estabelecimentos públicos, integrando a administração indireta do estado. “ *Toda a gente compreenderá que não é possível, sobretudo num regime democrático e pluralista que respeite e consagre a autonomia universitária, classificar as universidades do estado como... serviços personalizados do estado ...nem tão pouco como fundações públicas* ⁶⁷....

⁶⁷ FREITAS AMARAL, distingue 3 espécies de institutos públicos, os serviços personalizados de Estado, as fundações públicas e os estabelecimentos públicos.

*Justificam, pois, uma recondução ao nosso conceito de estabelecimento público: têm carácter cultural, estão organizados como serviços abertos ao público, e destinam-se a fazer prestações individuais, ou seja, a ministrar o ensino dos estudantes”*⁶⁸

II) Gomes Canotilho e Vital Moreira balancam entre a administração autónoma e administração indireta do Estado, inclinando-se mais todavia para a primeira hipótese ⁶⁹

III) Para Vital Moreira os traços distintivos entre administração indireta e autónoma são os seguintes (em jeito de síntese já referido no ponto 2.4 mas aqui mais desenvolvido com vista a facilitar a conclusão):

- a) As pessoas coletivas da administração indireta estão sujeitas ao poder de superintendência do governo, diferentemente as entidades da administração autónoma não estão submetidas a nenhuma definição exógena da orientação, antes definem elas mesmas a orientação politico – administrativa que devem imprimir à ação administrativa na prossecução dos interesses próprios da coletividade que constitui o seu substrato;
- b) As entidades da administração indireta, embora gozem de autonomia administrativa, pode essa autonomia ser-lhes retirada pelo respetivo estatuto, pelo contrário as entidades da administração autónoma gozam de um amplo espaço de autodeterminação;
- c) O controlo do estado nas entidades da administração autónoma é um controlo destinado a assegurar o respeito pela legalidade já nas entidades da administração indireta pode não envolver apenas o controlo de legalidade mas também o controlo de mérito, oportunidade ou conveniência da atividade;
- d) Os órgãos dirigentes dos organismos da administração indireta são normalmente designados pela administração principal, no caso da administração autónoma, os órgãos obedecem ao princípio representativo sendo formados normalmente por via de eleição.

⁶⁸ FREITAS AMARAL, DIOGO “ *Curso de Direito Administrativo*”, 3ª edição Volume I, Almedina Coimbra, 2009, pág. 372

⁶⁹ GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA “ *Constituição da República Portuguesa Anotada*”, Coimbra 2007, anotação ao artigo 76 °, pág. 914.

Desta enumeração parece resultar poucas dúvidas da inclusão das instituições de ensino superior públicas na administração autónoma do estado, pois todos os pressupostos acima referidos na distinção operada por Vital Moreira, se lhes encaixam na perfeição.

Para firmar esta posição as alterações constitucionais de 1982 e 1989, consagrando constitucionalmente a autonomia universitária (actual artigo 76º n.º 2 da CRP⁷⁰) impedem “ *de aceitar o raciocínio que todos os institutos públicos estarem integrados na administração indirecta do Estado*”⁷¹

IV) Ora, refere Paulo Otero que “ *Não podem as universidades públicas (depois das referidas alterações constitucionais) continuar integradas na administração indirecta do estado, antes se subsumem na administração autónoma. Deste modo duas soluções são conceptualmente admissíveis: ou se entende que as universidades públicas não são institutos públicos, integrando-as directamente na administração autónoma e, consequentemente salva-se a concepção de Freitas do Amaral que reconduz todos os institutos públicos à administração indirecta; ou, pelo contrário, continuando a afirmar-se que as universidades públicas são uma espécie dentro da categoria dos institutos públicos, deve reconhecer-se que nem todos os entes institucionais se reconduzem à administração indirecta. A nossa opinião inclina-se para a segunda alternativa: as universidades públicas são institutos públicos, todavia, por exigência constitucional, integram-se na administração autónoma.* ”⁷²

V) Marcelo Rebelo de Sousa, entende que “*as universidades públicas podem e devem passar a ser cumulativamente associações, estabelecimentos públicos e Administração Autónoma*”⁷³ pelas seguintes razões, por nelas predominar o elemento pessoal sobre o patrimonial e por caber às comunidades que as integram definir o modo de prossecução das atribuições e a forma de afetação dos patrimónios e de gestão financeira, por prestarem serviços

⁷⁰ “As universidades gozam, nos termos da lei, de autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira, sem prejuízo da adequada avaliação da qualidade de ensino” As autonomias referidas não são conceitos vagos nem indeterminados, estão definidas no RJIES, nos artigos 66º, 71º, 72º, 73º, 74º, 75º, 109º, 110º e 111º.

⁷¹ OTERO, PAULO, “ *Institutos Públicos*” in Dicionário jurídico da Administração Pública, pág. 266

⁷² Idem pág. 267

⁷³ REBELO DE SOUSA, MARCELO, “ *A natureza Jurídica da universidade no Direito Português* “Publicações Europa - América, 1992, pág. 47.

individualizados à coletividade (sem fins lucrativos) e pelo facto de a sua autonomia estar constitucionalmente prevista.⁷⁴

Posteriormente o autor desvaloriza a dimensão corporativa das universidades, afastando a sua qualificação como associações públicas: *“enquanto que, nas associações públicas, os interesses próprios pesam mais do que aqueles que o não são, nas Universidades públicas sucede o inverso”*.⁷⁵ Concluindo que apesar de não serem associações públicas, integram a administração autónoma do Estado. Refere nas suas lições de Direito Administrativo que *“de acordo com o nosso entendimento, na Administração Autónoma, para além das entidades essencialmente consideradas, cabem ainda as Universidades Públicas”*.⁷⁶

VI) Pereira Coutinho considera universidades como associações públicas e integradas na administração autónoma^{77 78}

E para suportar a sua tese refere ainda que a investigação e ensino universitários ainda que reconduzíveis a tarefas públicas correspondem necessariamente a *“tarefas públicas não estaduais”* oponíveis ao Estado a partir das liberdades individuais, *“na mesma medida em que as liberdades individuais de criação científica, de ensinar e de aprender são oponíveis ao Estado, também lhe são oponíveis, o número de interesses que se desenham aquando do respetivo «exercício em comum» no quadro de cada Universidade”*.

VII) Jorge Miranda e Maria da Glória Garcia, referem” ... *as universidades públicas portuguesas, seja qual for a sua exata natureza – corporações, associações públicas,*

⁷⁵ REBELO DE SOUSA, MARCELO, “Lições de Direito Administrativo” volume I, 3.^a edição, 1999, pág. 310

⁷⁶ SOUSA, MARCELO REBELO, in “lições de direito administrativo”, pág. 158

⁷⁷ PEREIRA COUTINHO, *As faculdades normativas universitárias no quadro do direito fundamental à autonomia universitária* - o caso das universidades públicas., pag.75

⁷⁸ Ora, desenvolve o autor, *“não é uma base democrática que justificará a recondução das Universidades em sentido estrito à categoria das associações públicas (que fundamentará a administração autónoma universitária), mas antes uma base que releva da titularidade individual de liberdades académicas, na qual as pretensões individuais de participação são desenhadas na exata medida do que seja reclamado pelas mesmas liberdades”* Pelo que, *“a falar-se em «democracia», apenas se poderá estar a falar num particularíssimo tipo de «democracia participativa» que não encontra o seu fundamento no princípio democrático em si mesmo considerado e em correspondentes «direitos gerais de participação», mas em liberdades académicas e em correspondentes «direitos especiais de participação» ”*

*realidades a se - inserem-se na Administração Autónoma e não na Administração Indireta do Estado”.*⁷⁹

Ora desta passagem pela doutrina portuguesa nesta matéria, podemos concluir com alguma segurança que a maioria da doutrina portuguesa inclina-se para a inclusão das instituições de ensino na administração autónoma rejeitando a tese da inclusão destas instituições na administração indireta do estado.

Já no que diz respeito á jurisprudência os Acordos 491/2008 e 248/2010 do tribunal constitucional caracterizam as instituições de ensino superior públicas como pertencentes à administração autónoma.⁸⁰

⁷⁹ MIRANDA, JORGE E GARCIA, MARIA DA GLÓRIA in “ lei do financiamento do ensino superior”, Revista da faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra editora (1998) Vol. XXXIX – n.º 1 Pág. 304.

⁸⁰ Acórdão 491/2008 do Tribunal Constitucional de Outubro de 2008, que em determinado momento refere que” Na vigência da Constituição de 1933, Marcello Caetano via as universidades como institutos públicos, do tipo de serviços personalizados, cujo substrato “*se formou, desenvolveu e adquiriu personalidade jurídica historicamente à margem do Estado, segundo o Direito privado ou o Direito canónico, e que só em fase avançada da sua existência foi reconhecida como pessoa coletiva de direito público*”, correspondendo essa “*evolução a uma estatização de certa iniciativa privada, em que a personalidade jurídica é conservada à corporação para evitar que com a sua absorção no Estado este fique sobrecarregado e se perturbem certos interesses tradicionais (patrimoniais e morais)*” (Manual de Direito Administrativo, Vol. I, 1991, pp. 188 e 189). Freitas do Amaral, já na vigência da Constituição de 1976, qualificou-as como institutos públicos do tipo de estabelecimentos públicos, por disporem de serviços abertos ao público e por efetuarem prestações sociais e culturais individuais à generalidade dos cidadãos que delas careçam (Curso de Direito Administrativo, Vol. I, p. 401). Para Marcelo Rebelo de Sousa (A Natureza Jurídica da Universidade no Direito Português, Publicações Europa-América, 1991, p. 44), “*As Universidades foram, até 1976, legalmente pessoas coletivas de fins considerados decorrentes dos fins do Estado-Administração, sujeitas a poder de direção (envolvendo o poder de supervisão), a poder de superintendência e a tutela de mérito e de legalidade, ou seja, Administração diretamente dependente do Estado. De 1976 até à entrada em vigor da Lei n.º 108/88, continuaram legalmente a ser tratadas como desprovidas de interesses próprios e sujeitas a poder de direção – embora atenuado a partir do Decreto-Lei n.º 188/82, de 17 de Maio, mas visível em matéria de estatuto e gestão de pessoal docente, em concreto, e de poder disciplinar – e também poder de superintendência, isto é, continuaram a integrar a administração diretamente dependente do Estado [...]*”. Pese embora a caracterização feita por este Autor, certo é que a Constituição de 1976 viera já, pela sua revisão de 1982, consagrar, no seu art.º 76.º, n.º 2, a autonomia universitária, dispondo que “*as universidades gozam, nos termos da lei, de autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira*”. E a Lei n.º 108/88, de 24 de Setembro, veio regular essa autonomia, prevendo uma tutela de legalidade (art.º 28.º), “*aliás rigorosa em matéria de estruturas e curricular*”, uma tutela de mérito em matéria financeira (artigos 11.º e 13.º) e a avaliação das universidades pelo Governo, de acordo com lei a definir pela Assembleia da República. Perante o novo quadro legal, considerou o mesmo Autor que as “*Universidades públicas podem e devem passar a ser cumulativamente associações, estabelecimentos públicos e Administração Autónoma*”, não afastando o tipo de autonomia em causa a possibilidade de existência de uma tutela de legalidade e de uma tutela de mérito (cfr. *op. cit.* p. 48). Por seu turno, José Casalta Nabais, recorrendo, a propósito do problema da autonomia financeira das universidades, já depois da referida revisão constitucional de 1982, e da sua ampliação efetuada na revisão constitucional de 1989, considera que só “*o poder, de algum modo originário para se administrar – isto é, para regular os seus assuntos e resolver os seus problemas da forma por si julgada adequada, dispondo para tal dos meios necessários e gerindo com grande liberdade o seu funcionamento*” é que “*traduz a ideia de uma (verdadeira) autonomia às universidades: na verdade, estas só serão autónomas na medida em que lhes seja reconhecido um domínio de interesses (assuntos)*

3.3 A nossa posição quanto ao enquadramento jurídico.

*“ ... é ao legislador, ao nível, desde logo, da Constituição e, depois, no plano da produção legislativa ordinária, que, ... compete, identificar as necessidades públicas que a comunidade pretende ver satisfeitas pelos serviços da Administração Pública, instituindo as figuras organizatórias públicas a quem pretende confiar a satisfação dessas necessidades e regulando a respetiva estrutura orgânica....”*⁸¹

A Constituição da República Portuguesa nada diz acerca da natureza jurídica das universidades, deixando ao legislador ordinário liberdade de decisão nesta matéria.

O RJIES, ao contrário do que deveria, não veio em nada resolver este problema.

No artigo 9º apenas diz que *“As instituições de ensino superior públicas são pessoas coletivas de direito público, podendo, porém, revestir também a forma de fundações públicas com regime de direito privado...”*

Dispõe ainda o n.º 2 do mesmo diploma legal que *“Em tudo o que não contrariar a presente lei e demais leis especiais, e ressalvado o disposto no capítulo VI do título III, as instituições*

próprios, um domínio relativamente ao qual a administração estadual se limite a exercer uma tutela de mera coordenação, ou seja, na medida em que constituam algo mais que meros instrumentos (ainda que dotados de personalidade jurídica pública – ainda que institutos públicos) da administração indireta do Estado, como tem sido tradicional entre nós” («Considerações sobre a autonomia financeira das universidades portuguesas», in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia*, Boletim da Faculdade de Direito, número especial, 1991, pp. 352 e 353). E, logo, mais adiante sustenta o mesmo Autor que essa autonomia universitária “implica já, antes de mais, um domínio de autonomia universitária” que “pode assumir um sentido de autonomia constituinte (estatutária) e uma autonomia corrente (de norma de norma corrente)”, cabendo na primeira a elaboração “dos respetivos estatutos dentro dos parâmetros e limites que uma lei-quadro consagre”, e, na segunda, a elaboração “dos regulamentos necessários à adequada gestão do núcleo de interesses que constituem o seu *campus* autónomo, no respeito pelas leis e pelos respetivos estatutos sem necessidade de uma prévia norma específica”, dizendo a concluir que “as universidades portuguesas, na sua atual configuração constitucional, participam de uma dupla natureza: são pólos de administração autónoma (*Selbstverwaltung*) e polos da administração indireta do Estado (*Staatverwaltung*), ou seja, são simultaneamente corporações institucionais e estabelecimentos (ou institutos) públicos”. Já para Luís Pedro Pereira Coutinho (*As Faculdades Normativas Universitárias no Quadro do Direito Fundamental à Autonomia Universitária*, pp. 60 e segs.), a autonomia universitária assume na Constituição vigente a natureza de um direito fundamental, de âmbito superior ao institucional, devendo a Universidade pública “*ser encarada como um «mixtum compositum» de duas organizações distintas, sendo uma de natureza “institucional” ou patrimonial e outra de natureza corporativa*”, identificando-se o primeiro aspeto com a “criação pelo Estado de um “estabelecimento público de ensino” e o segundo com a «formação, pelos ocupantes desse “estabelecimento” que titulam liberdades académicas (docentes, investigadores e estudantes) de uma corporação de direito público (a Universidade em sentido estrito) dotada de capacidade jurídica para gerir esse estabelecimento público, prosseguindo interesses de natureza científica e pedagogicamente indiferentes».

⁸¹ ALMEIDA, MÁRIO AROSO. “Teoria Geral do Direito Administrativo. Temas nucleares”, pág. 22

de ensino superior públicas estão sujeitas ao regime aplicável às demais pessoas coletivas de direito público de natureza administrativa, designadamente à lei-quadro dos institutos públicos, que vale como direito subsidiário naquilo que não for incompatível com as disposições da presente lei”. Ou seja só vale como direito subsidiário naquilo que não contrariar o RJIES e outras leis que consagrem a autonomia que efetivamente as identifica.

Todavia o despacho normativo n.º 38/2006 de 30 de Julho considera que os estabelecimentos de ensino superior integram a administração autónoma do Estado e não a Administração indireta.

O Decreto – Lei n.º 214/2006 de 27 de Outubro dispõe no seu artigo 7º que “*As universidades públicas, os institutos politécnicos públicos e os estabelecimentos de ensino universitário e politécnico públicos não integrados, encontram-se sujeitos à tutela do membro do Governo responsável pela área da ciência, tecnologia e ensino superior, nos termos da lei.*”

Apesar da lacuna legislativa (resolúvel pelos mecanismos que a lei dispõe) parece-nos claro que a legislação em vigor sobre este assunto inclina-se para a classificação das IES como pertencentes à administração Autónoma.

Do que foi exposto resulta que são três as conceções possíveis quanto à natureza jurídica das Instituições de Ensino Superior:

a) Se são consideradas institutos públicos strictu sensu e pertencentes à administração indireta do estado integram a previsão do n.º 2 do artigo 3º do Decreto – Lei n.º 37/2007, sendo consideradas como entidades vinculadas, estando assim legalmente forçadas a recorrer aos mecanismos de aquisição centralizada definidos pela ANCP. Apenas podem contratar diretamente com autorização expressa do membro do governo responsável e precedida de proposta fundamentada da entidade compradora interessada⁸² A consequência do não cumprimento dessa imposição legal é a nulidade dos contratos celebrados (sem observância das obrigações legais aí referidas) e consequente responsabilidade disciplinar, civil e financeira⁸³;

b) Se são consideradas institutos públicos, mas pertencentes à administração autónoma não lhes aplica a referida previsão legal;

⁸² N.ºs 3 e 4 do artigo 5º do DL n.º 37/2007 de 19 de Fevereiro

⁸³ .N.º6 do artigo 5º do DL n.º 37/2007 de 19 de Fevereiro

c) Se não são consideradas institutos públicos, nem pertencentes à administração indireta do estado mas outra figura (associações públicas ou outra) integradas na administração autónoma não integram, sem qualquer sombra de dúvida a previsão do n.º 2 do artigo 3º do Decreto – Lei n.º 37/2007.

Podendo todavia nos casos referidos nas alíneas b) e c) por expressa manifestação de vontade recorrer aos instrumentos das compras públicas, podendo seleccionar os instrumentos a que pretendem aderir.

A nós (e à larga maioria da doutrina referida supra) parece-nos que a posição “mista” de que são considerados institutos públicos (apesar de uma categoria muito particular de institutos públicos), mas pertencentes à administração autónoma, por tudo que foi referido anteriormente é a tese que melhor se adequa à realidade das instituições de ensino superior públicas. Pois verdadeiramente fica claro de todas as incursões feitas que da noção de Institutos públicos que consta da lei quadros do IP (e que é aplicável subsidiariamente às IES) pouco ou nada de Institutos são “compostas” as Instituições de Ensino Superior Públicas.

A acrescer a isto refira-se que tudo que foi explanado relativamente à administração autónoma lhes assenta de forma plenamente apropriada, ajustada e harmonizada, corroborada esta afirmação pelo enquadramento já feito pelos elementos caracterizadores da administração autónoma e autonomia que se lhes encaixam na perfeição.

4 O PROBLEMA DA VINCULAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR PÚBLICAS

4.1 O Sistema Nacional de Compras Públicas (compras públicas centralizadas), as Unidades Ministeriais de Compras e a Agência Nacional das Compras Públicas (ANCP). Os acordos quadros.

O histórico das compras públicas⁸⁴ em Portugal passa, de uma forma breve e sucinta pelos seguintes diplomas:

DL n.º 211/79 de 12 de julho, que regula a realização de despesas com obras e aquisição de bens e serviços para os organismos do Estado, diploma já não vigente.

DL 507/79 de 24 de Dezembro que cria a central de compras do Estado, diploma também já não vigente. Na exposição de motivos deste diploma já estavam presentes as preocupações atuais.⁸⁵

⁸⁴ O regime da realização das despesas públicas é composto pelas seguintes fases: *Elaboração de uma proposta fundamentada* que estabelece o nexo de causalidade entre a despesa a realizar e as atribuições da instituição; *Cabimento* - apenas podem ser assumidos compromissos de despesa após os serviços de contabilidade exercerem informação prévia de cabimento no documento de autorização de despesa em causa, *Conferência* - a autorização de despesa deve ser acompanhada de verificação de requisitos a efetuar pelos serviços de contabilidade, *Autorização de despesa*, a produzir pela entidade organicamente competentes e sujeita à verificação dos requisitos de conformidade legal; regularidade financeira; economia, eficácia e eficiência, Desenvolvimento do procedimento e celebração do contrato, de acordo com o regime se contratos do CCP, *compromisso* - informação de compromisso deve ser aposta no contrato e no respetivo duplicado ou apresentada em documento autónomo; *Processamento* - inclusão em suporte normalizado de encargos legalmente constituídos, para que se proceda à sua liquidação ou pagamento, *Liquidação, Autorização de pagamento e pagamento*. Importante ressaltar neste contexto é o facto de os princípios da legalidade e da prossecução do interesse público imporem que na realização das despesas públicas, as entidades terem obrigação de otimizar a satisfação das necessidades coletivas. Os diplomas legais que fundamentam estes procedimentos são a lei da administração financeira do estado (DL n.º 155/92 de 28 de junho – artigos 2º a 31º) e a Lei de Execução Orçamental (Lei n.º 91/2001 alterada pelo 52/2011 – artigo 42º)

⁸⁵ Exposições de motivos do DL 507/79 de 24 de Dezembro” Quanto ao funcionamento da Administração Pública, os benefícios traduzem-se: a) Na minimização do custo do abastecimento do sector, através de melhor utilização dos recursos financeiros disponíveis ou subaproveitados, procurando beneficiar das economias de escala, racionalizando e simplificando os processos de aquisição, utilizando adequadamente a capacidade de negociação de preços; b) Na possibilidade de facultar aos responsáveis dos diversos departamentos alternativas de abastecimento, devidamente estudadas por uma entidade especialmente vocacionada para o efeito, evitando-se deste modo a multiplicação de esforços de prospeção de mercados a que os diferentes departamentos devem proceder no sentido de apresentar uma gestão racional; c) Na possibilidade de definição de níveis de consumo adequados, quer através da análise comparativa dos consumos dos diferentes departamentos, quer através de estudos de padronização. Tal atuação facultará aos serviços indicadores que lhes permitam avaliar a eficiência dos meios utilizados e compatibilizará gradualmente as dotações orçamentais com as exigências de consumo, de modo a evoluir-se para um sistema *de abastecimento mais racional*.

Portaria n.º 717/81 de 22 de Agosto, que aprova o conjunto de normas que respeitam a acordos a estabelecer entre a Central de Compras do Estado e fornecedores, também diploma já não vigente no nosso ordenamento jurídico;

DL n.º 129/83 de 14 de Março, integra na Direção Geral do Património do Estado a Central de compras do Estado.

Portaria n.º 308/88 de 17 de maio que aprova os procedimentos de celebração dos acordos de desconto, constantes do anexo, que substituem os previstos no anexo a portaria 717/81, de 22 de agosto;

DL 55/95 de 29 de Março que estabelece o regime da realização de despesas públicas com locação, empreitadas de obras públicas, prestação de serviços e aquisição de bens, bem como o da contratação pública relativa a prestação de serviços, locação e aquisição de bens móveis. Este regime aplica-se ao Estado, aos organismos dotados de autonomia administrativa e financeira, que não revistam natureza, forma e designação de empresa pública, designados por serviços e fundos autónomos, às regiões autónomas, às autarquias locais e as associações exclusivamente formadas por autarquias locais e ou por outras pessoas coletivas de direito público. Sujeita a aquisição ou locação, sob qualquer regime, de bens e serviços informáticos, a efetuar pelo estado ou outras pessoas coletivas de direito público, com exceção das autarquias e das empresas públicas, a regime especial designadamente ao disposto no Decreto-lei n.º 64/94 de 28 de Fevereiro.⁸⁶

DL 197/99 de 8 de Junho que aprova um novo regime jurídico de realização de despesas públicas e da contratação pública relativa à locação e aquisição de bens móveis e serviços,

⁸⁶ Mantém em vigor o regime previsto no artigo 158º do Regulamento do Ministério dos Negócios Estrangeiros, aprovado pelo Decreto 47478, de 31 de Dezembro de 1966, com a redação dada pelo Decreto 433/72, de 3 de Novembro, relativo à realização de despesas públicas com empreitadas de obras públicas e aquisição de serviços e bens. O disposto na alínea f) do n.º 1 do artigo 36º é aplicável aos concursos abertos antes da entrada em vigor do presente diploma, com exceção do disposto no n.º 3 do mesmo artigo. Até à transposição da Diretiva 93/38/CEE, do Conselho, de 14 de Julho, é aplicável, com as necessárias adaptações, o regime previsto no presente diploma. Não aplica às Autarquias Locais o disposto no n.º 5 do artigo 7º e no artigo 11º deste diploma. Este diploma não se aplica aos concursos e procedimentos iniciados em data anterior à da sua entrada em vigor. Publica em anexo diversos modelos de anúncios relativos às diferentes formas de concurso, ao procedimento por negociação, aos resultados, à informação prévia anual, à aquisição de serviços não sujeita às publicações referidas nos n.ºs 1 e 4 do artigo 98º e aos concursos para trabalhos de conceção. Transpõe para a ordem jurídica interna as Diretivas n.ºs 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992 e 93/36/CEE, do Conselho de 14 de Junho de 1993.

Tem por objetivos simplificar procedimentos, garantir a concorrência e assegurar a boa gestão dos dinheiros públicos. Transpõe para a ordem jurídica interna as Diretivas n.ºs 92/50/CEE, do Conselho, de 18 de Junho, 93/36/CEE, do Conselho, de 14 de Junho, e 97/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro, (e estabelece o regime de realização de despesas públicas com locação e aquisição de bens e serviços, bem como da contratação pública relativa à locação e aquisição de bens móveis e serviços).

Resolução do Conselho de Ministros n.º 39/2006 de 21 de Abril que aprova o Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado (PRACE).⁸⁷

Resolução do Conselho de Ministros n.º 65/2007 que aprova as orientações estratégicas para as compras públicas ecológicas 2008-2010

DL n.º 37/2007 de 19 de Fevereiro que cria a Agência Nacional de Compras Públicas, E. P. E., e aprova os respetivos estatutos⁸⁸ A Agência Nacional das Compras Públicas (ANCP) tem como missão “*conceber, implementar e gerir os Sistema Nacional de Compras Públicas....., contribuindo para a eficiência e eficácia da Administração Pública*” (itálico meu)

Como visão está definido no documento Orientações Estratégicas da ANCP⁸⁹ que a ANCP visa “*ser (e ser reconhecida como) uma empresa de referência, a nível Nacional e*

⁸⁷ O Programa do XVII Governo Constitucional preconiza um processo reformador da Administração Pública feito de passos positivos, firmes e consequentes para alcançar uma administração eficaz, que sirva bem os cidadãos e as empresas, à altura do que se espera de um Estado moderno. Em consonância com este objetivo e, em conformidade com ele, foram definidas as orientações gerais e especiais para a reestruturação dos ministérios.

⁸⁸ Exposição de motivos do Decreto – lei n.º 37/2007. “Procede-se, por um lado, à definição do sistema nacional de compras públicas (SNCP), assente nos seguintes pilares: *integração de entidades compradoras por imposição legal e de entidades compradoras de adesão voluntária de base contratual*; segregação das funções de contratação e de compras e pagamentos assente na adoção de procedimentos centralizados, aos níveis global e sectorial, de acordos quadro ou outros contratos públicos e na subsequente compra e pagamento pelas entidades compradoras; modelo híbrido de gestão do SNCP, com base numa entidade gestora central articulada com unidades ministeriais de compras (UMC) e entidades compradoras, funcionando em rede. Por outro lado, procede-se à criação e aprovação dos estatutos da Agência Nacional de Compras Públicas, E. P. E. (ANCP), com as funções de entidade gestora do SNCP e a fisionomia de central de compras, na aceção da Diretiva n.º [2004/18/CE](#), do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, publicada no Jornal Oficial, n.º L 134, de 30 de Abril de 2004, e com natureza jurídica de entidade pública empresarial, nos moldes previstos no regime jurídico do sector empresarial do Estado. *Não se pretende, todavia, proceder através do presente decreto-lei à transposição da referida Diretiva n.º 2004/18/CE, nem regular nenhum aspeto relativo à matéria da contratação pública, devendo a ANCP observar as regras legais em vigor em cada momento, nesse domínio.* (itálico meu)

⁸⁹ http://www.dgtf.pt/ResourcesUser/SEE/Documentos/see_ancp/ancp_2008_orientacoes_estrategicas.pdf

Internacional, na gestão integrada das Compras Públicas e na gestão centralizada do Parque de Veículos do Estado, funcionando como um verdadeiro instrumento de suporte à redução da despesa Pública .” Como mais à frente se pretende demonstrar a tal visão e objetivo estão a ser feitos inúmeros desvios.

DL 18/2008 de 29 de Janeiro de 2008 que aprova o Código dos Contratos Públicos, que estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo;

Portaria n.º 772/2008 de 06 de Agosto que define as categorias de bens e serviços cujos acordos quadro e procedimentos de aquisição são celebrados e conduzidos pela Agência Nacional de Compras Públicas, este diploma está atualizado pela Portaria n.º 420/2009, de 20 de Abril.⁹⁰

Decreto – Lei n.º 200/2008 de 9 de Outubro que aprova o regime jurídico aplicável à constituição, estrutura orgânica e funcionamento das centrais de compras;

Regulamento n.º 330/2009 de 30 de Julho que estabelece a disciplina aplicável ao Sistema Nacional de Compras Públicas (SNCP), definindo o modo de funcionamento em rede, a organização dos processos de trabalho e a articulação das relações funcionais entre a Agência Nacional de Compras Públicas, E.P.E. (ANCP), as unidades ministeriais de compras (UMC) e as entidades compradoras, designadamente o controlo interno do sistema.

Vários despachos determinam a aquisição via unidades ministeriais de compra. Estas UMC funcionam nas secretarias gerais dos Ministérios, ou nos serviços equiparados, apoiando a atividade da ANCP, de acordo com o previsto no artigo 9º do DL 37/2009 de 19 de Fevereiro e promovendo a agregação da informação de compras, assim como a utilização dos sistemas de informação relacionados com as compras definidos pela ANCP. Essas UMC visam assegurar melhores condições negociais aos serviços e organismos do respetivo ministério.

O artigo 260.º, numa linha de continuidade com as Diretivas de 2004, prevê que as entidades adjudicantes do sector administrativo tradicional e os “organismos de direito público”,

⁹⁰ Serviço móvel terrestre; equipamento informático; cópia e impressão; papel, economato e consumíveis de impressão, licenciamento de software; combustíveis rodoviários; seguros de veículos; energia, vigilância e segurança; Higiene e limpeza, serviço fixo terrestre e redes de dados; viagens e alojamentos; mobiliário de escritório; plataforma eletrónica de contratação, refeições confeccionadas.

*independentemente do sector a que pertençam, possam constituir centrais de compras destinadas a centralizar a contratação de empreitadas de obras públicas, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços”*⁹¹ Esta possibilidade está disciplinada pelo já referido DL n.º 200/2008 de 9 de Outubro.

*“A criação de uma central de compras determina que ficam abrangidas pela contratação centralizada as entidades previstas no diploma da sua criação”*⁹²

Assim, o sistema nacional de compras públicas agrega, sob a liderança da ANCP, as várias estruturas deslocalizadas dos Ministérios para um objetivo comum: garantir maior rigor, transparência e competitividade nas compras públicas e contribuir de forma efetiva para a racionalização dos gastos e desburocratização dos processos públicos de aprovisionamento. Em suma, o modelo definido pelo SNCP integra a ANCP, as Unidades Ministeriais de Compras (UMC) e as entidades compradoras dispersas pelos diversos organismos da Administração Pública (entidades vinculadas e entidades voluntárias).

*“A par do esforço de consolidação orçamental e da reforma da Administração Pública, refletido no Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado (PRACE), a modernização da área das compras públicas assume um papel central na estratégia de redução da despesa pública através da contratação centralizada de bens e serviços transversais. Esta estratégia de atuação tem em vista a criação de valor, obtenção de ganhos financeiros, poupanças e redução de custos mediante a realização de concursos públicos que permitam a celebração de acordos quadro que melhor potenciem as sinergias e economias de escala resultantes de um processo de concentração.”*⁹³

Por fim uma definição que importa neste contexto é a de acordo quadro. Os acordos quadro pré-qualificam os fornecedores para realizarem vendas de bens e serviços à Administração Pública e estabelecem, através de um contrato público de aprovisionamento, as condições e requisitos que estes são obrigados a cumprir, em termos de preços, prazos, níveis de serviço e qualidade do serviço, entre outros aspetos. Mediante este instrumento os fornecedores ficam

⁹¹ Viana, Claudia “ *O acordo – quadro*” in revista de direito público e regulação, pág. 11 e ss

⁹² Viana, Claudia “ *O acordo – quadro*” in revista de direito público e regulação, pág. 11 e ss

⁹³ <http://www.ancp.gov.pt/PT/ComprasPublicas/Pages/Home.aspx>

qualificados para fornecer todos os organismos do Estado de acordo com as regras definidas no respetivo acordo quadro.

Se e quando bem direcionados, “*O acordo-quadro*”⁹⁴ constitui um importante instrumento de concretização da política de contratação pública”⁹⁵, contribuindo de forma clara para a poupança de dinheiros públicos e eficácia das adjudicações.

Os acordos quadro celebrados pelas centrais de compras designam-se contratos públicos de aprovisionamento.

Após estes apontamentos sobre as compras públicas centralizadas os diplomas me que se baseiam e os acordos públicos de aprovisionamento vamos passar ao cerne do problema no ponto seguinte.

4.2 O Problema da vinculação.

Considerando tudo que foi atrás dito sobre centralização de compras (fundamental como enquadramento), cumpre agora debater a questão fulcral. Esta questão não é o escopo que a centralização as compras públicas preconiza e os objetivos que estiveram na base da sua criação (que elencamos supra) nem os propósitos que visa alcançar, como norteadores da atuação das compras públicas mas sim o saber se as instituições de ensino superior públicas devem ser consideradas entidades vinculadas ou voluntárias para efeitos de contratação pela Agência Nacional de Compras Públicas. (ANCP)⁹⁶?

Dispõe o n.º 1 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 37/2007 que “ *O sistema nacional de compras públicas (SNCP), além da ANCP e das unidades ministeriais de compras (UMC), integra entidades compradoras vinculadas e entidades compradoras voluntárias.* “

⁹⁴ Artigo 251º do Código de Contratos Públicos “*Acordo quadro é o contrato celebrado entre uma ou várias entidades adjudicantes e uma ou mais entidades, com vista a disciplinar relações contratuais futuras a estabelecer ao longo de um determinado período de tempo, mediante a fixação antecipada dos respetivos termos.*”

⁹⁵ Viana, Claudia “ *O acordo – quadro*” in revista de direito público e regulação, pág. 11 e ss

⁹⁶ Foi extinta pelo artigo 19º do Decreto – Lei n.º 117-A/2012 de 14 d e Junho. A ESPAP, IP (Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública) sucede na totalidade das atribuições e competências, bem como nos deveres da ANCP.

No n.º 2 que “ *Integram o SNCP, na qualidade de entidades compradoras vinculadas, os serviços da administração direta do Estado e os institutos públicos.* “

E no n.º 3 que “*Podem integrar o SNCP, na qualidade de entidades compradoras voluntárias, entidades da administração autónoma e do sector empresarial público, mediante a celebração de contrato de adesão com a ANCP.* “⁹⁷

A Portaria n.º 772/2008, de 6 de Agosto refere no seu artigo 3º (a referida alteração de 2009 à portaria é apenas na lista anexa) que “*A contratação no âmbito dos acordos quadro ... para a aquisição dos bens e serviços abrangidos nas categorias neles previstas é aplicável:*

a) *Às entidades compradoras vinculadas com carácter obrigatório, sem prejuízo do disposto no artigo seguinte;*

b) *Às entidades compradoras voluntárias, apenas quanto aos bens e serviços relativamente aos quais tenham aderido ao SNCP e nos termos definidos nos respetivos contratos de adesão.*

Aqui deparamo-nos com a relevância da questão e de todo o enquadramento feito num capítulo anterior sobre organização administrativa e enquadramento das IES nessa organização. Crucial para responder a esta questão é efetivamente enquadrar de forma correta as IES na organização administrativa do estado. Sendo as instituições de ensino superior públicas consideradas entidades vinculadas devem contratar obrigatoriamente por via da ANCP, atentando contra a autonomia já debatida (e os pressupostos que a densificam) para este tipo de tomada de decisões estratégicas, se forem consideradas entidades voluntárias já podem optar contratar por essa via ou recorrer diretamente a um procedimento previsto na Lei n.º 18/2008 de 29 de Janeiro.

Ou seja o regime é diferente consoante estejam integradas na administração indireta do Estado ou entidades integradas na administração autónoma. E como já foi atrás referido o facto de o Decreto –Lei n.º 37/2007 ter feito essa categorização de forma abstrata, não tendo enquadrado as instituições concretamente como vinculadas ou voluntárias levou a que, em sede

⁹⁷ A acrescer a essa distinção não se compreende efetivamente a razão pela qual os institutos públicos e sector empresarial do estado (ambos sujeitos a tutela e o sector empresarial a superintendência) têm tratamentos distintos no âmbito da categorização como entidade vinculadas e voluntárias.

interpretativa, esta solução tivesse que forçosamente ser encontrada. Mas só o pode ser conjugando esse regime mitigado (que já referimos de alguns institutos públicos) e lendo-os com base nos normativos jurídicos existentes para o esclarecimento das situações mais duvidosas.

Ora, na nossa opinião esses normativos, neste caso concreto das IES, resultam da conjugação da LQIP com o RJIES. Assim, na linha do que já começou por ser vislumbrado em capítulo anterior, relembramos que é referido no artigo 48º da Lei n.º 3/2004 de 15 de Janeiro de 2004 que *“Gozam de regime especial, com derrogação do regime comum na estrita medida necessária à sua especificidade, os seguintes tipos de institutos públicos: .. As universidades e escolas de ensino superior politécnico..”*

Pelo que, reiterando o que já foi igualmente referido parece haver uma especial tendência para a qualificação das instituições de ensino superior como institutos públicos, ainda que num sentido alargado e em atenção o disposto no referido 48º da lei - quadro dos IP.

Ora o artigo 48º da Lei n.º 3/2004, ao ser conjugado com o 11º n.º 1 do RJIES parece levar a crer que se concretiza a “especialidade”, atribuindo um amplo grau de autonomia às instituições de ensino superior públicas, autonomia, essa, consagrada constitucionalmente e que as empurra necessariamente, por tudo que já foi exposto atrás, para a Administração Autónoma do Estado. Pelo que a qualificação que é feita de enquadrar as IES (um tipo especial de institutos públicos) na Administração indireta do Estado é na nossa opinião totalmente errada, aplicando, desta forma errada às IES a obrigatoriedade de contratação via ANCP do n.º 2 do artigo 3º ao invés da faculdade conferida pelo n.º 3 do mesmo artigo do mesmo diploma legal.⁹⁸

Efetivamente a letra da lei nada resolve. Todavia apelando a uma interpretação lógica com base em todo o enquadramento que foi feito neste trabalho (relativamente à natureza jurídica das instituições de ensino superior públicas) concluímos em sentido contrário ao que entendimento que vigora integrando as IES no n.º 3 do artigo 3º do Decreto – Lei n.º 37/2007.

⁹⁸ A apreensão de uma norma não deve cingir-se ao seu sentido literal, deve ser objeto de interpretação, quando letra e espírito da lei não coincidem. Assim deve o jurista socorrer-se de uma interpretação lógica (com elementos de ordem sistemática – considerar-se o ordenamento jurídico como um todo; de ordem histórica – síntese histórica que fundamentam a lei e de ordem racional ou teleológica – a justificação social da lei)

4.3 As posições ministeriais (O ministério que tutela as IES e o ministério das Finanças)

O ministério da Ciência Tecnologia e ensino superior⁹⁹ referiu numa comunicação emanada pelo secretário - geral do ministério que *“não pode ser feita uma interpretação meramente literal do n.º 2 do artigo 3º do Decreto-lei n.º 37/2007 de 19 de Fevereiro considerando as instituições de ensino superior públicas como institutos públicos para efeitos do n.º 2 do artigo 3º do Decreto-lei n.º 37/2007 pois da leitura conjugada da Lei -quadro dos Institutos públicos com o RJIES forçoso se torna caracteriza-las como entidades voluntárias e não vinculadas”*. Acrescenta ainda que para *“efeitos previstos no n.º 2 e n.º 3 do artigo 3º do Decreto – Lei n.º 37/2007 de 19 de Fevereiro, as instituições de ensino superior públicas e as fundações públicas previstas na lei n.º 62/2007 de 10 de Setembro, são entidades compradoras voluntárias (não vinculadas) que, caso pretendam proceder à contratação de bens e serviços ao abrigo de acordos quadro, devem para o efeito proceder à celebração de contratos de adesão com a ANCP.”*

Evidentemente que a ANCP, pertencente ao Ministério das Finanças, entende esta questão em sentido diferente referindo também numa comunicação *“que nenhuma relevância pode ser extraída, para a sua qualificação como entidades compradoras ou voluntárias da outorga das autonomias, porquanto as mesmas podem conviver, pela sua natureza, com qualquer das soluções.”*

Ora, efetivamente a posição do ministério das finanças não contradiz a posição do ministério que tutela as IES.

Neste fase e com os elementos disponíveis, a saber:

- Enquadramento das IES na organização administrativa portuguesa, como pertencentes à Administração Autónoma do Estado, feito pela maioria da doutrina portuguesa e jurisprudência;
- As posições assumidas pela tutela, no âmbito dos poderes tutelares e transmitidas de forma expressa às IES;

⁹⁹ Atualmente o ministério que tutela as IES é o ministério da educação e ciência

Achavam-se as IES, considerando todos os princípios que sustentam as compras públicas e via plataformas eletrónicas, a contratar diretamente com os fornecedores apenas recorrendo como entidade voluntárias aos acordos quadro da ANCP, quando a especificidade dos bens a contratar se enquadravam nas categorias lá constantes ou quando efetivamente tal implicava uma redução da despesa pública.

4.4 Os acórdãos do Tribunal de Contas¹⁰⁰¹⁰¹

Todavia em 2011 o cenário alterou-se face a dois acórdãos publicados pelo Tribunal de Contas. O Acórdão 20/2011, de 18 de Agostoⁱ e o Acórdão 23/2011 de 11 de Abril.

Ambos vieram contrariar o entendimento segundo o qual as instituições públicas de ensino politécnico¹⁰² são entidades vinculadas ao Sistema Nacional de Compras Públicas estando, por isso, obrigadas a adquirir os bens e serviços que são objeto de acordo quadro celebrado pela Agência Nacional de Compras Públicas ao abrigo destes instrumentos.

Refere o Acórdão 20/2011, de 18 de Agosto que “O acórdão, que decidiu o recurso interposto pelo Instituto Politécnico de Viseu da recusa de visto a um contrato que foi declarado nulo precisamente por ter sido celebrado fora do acordo quadro que a ANCP disponibiliza para o fornecimento de refeições confeccionadas, confirma toda a doutrina sustentada pela ANCP relativamente à vinculação das instituições de ensino superior, *relativamente às quais não se vislumbram razões para que permaneçam fora do Sistema Nacional de Compras Públicas. De facto, a vinculação que o acórdão explicita detalhadamente, não afeta qualquer das*

¹⁰⁰ Por ofício de 9 de novembro de 2011, o secretário de estado do ensino superior, veio tomar posição sobre a questão nos seguintes termos: “...atendendo à jurisprudência emanada dos acórdãos do Tribunal de Contas (20 e 23/20011), não obstante pro se manter por parte da tutela a intenção de adotar as diligências tendentes á alteração do enquadramento legislativo vigente (ao abrigo do qual foram proferidos os citados acórdãos) afigura-se-nos que devem as instituições de ensino superior atuar em conformidade com a citada jurisprudência emanada do Tribunal de contas.

¹⁰¹ Artigo 214º da CRP dispõe que “ O Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe, competindo-lhe, nomeadamente:

- a) Dar parecer sobre a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social;
- b) Dar parecer sobre as contas das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira;
- c) Efetivar a responsabilidade por infrações financeiras, nos termos da lei;
- d) Exercer as demais competências que lhe forem atribuídas por lei

Nesta sequência os acórdãos que são emitidos e que “qualificam como entidades vinculadas as IES” deveriam visar a fiscalização da legalidade das despesas públicas, contudo tal não é o que sucede pois efetivamente a despesa pública nas IES no âmbito das compras públicas comprovadamente aumentou

¹⁰² Apenas faz referências às IES de ensino politécnico e não às IES de ensino universitário.

autonomias que a lei confere a estas instituições, nomeadamente a administrativa, a financeira e a patrimonial.”¹⁰³ (itálico meu)

E o acórdão n.º 23/2011 de 11 de Abril de 2011 que refere “ nesta, conformidade, não se evidenciando qualquer especificidade, no âmbito do regime jurídico das instituições de ensino superior, que *justifique a subtração do IP do Porto, ao regime comum dos institutos públicos, neste particular aspeto da contratação pública, relacionado com a economia de recursos financeiros, temos de concluir que este Instituto deve qualificar-se como entidade compradora vinculada, para feitos do regime contido no DL n.º 37/2007 de 29 de Fevereiro*” (itálico meu)

Ora, nem um nem outro acórdão fundamentam de forma objetiva e suficiente a qualificação das IES como entidades vinculadas. Efetivamente os acórdãos limitam-se a dizer que as IES são entidades vinculadas partindo do pressuposto que as Instituições de Ensino Superior Públicas (no caso dos institutos Politécnicos) pertencem à Administração Indireta do Estado. E só! Não há qualquer fundamentação jurídica quanto ao enquadramento dessas instituições. Do ponto de vista jurídico – formal e apesar de algumas entidades não oferecerem qualquer dúvida quanto ao seu enquadramento a verdade é que existem regimes jurídicos híbridos, como temos vindo a discutir até aqui e como é seguramente o caso das instituições de ensino superior públicas, pese embora sejam consideradas institutos públicos, são institutos públicos com especialidade suficiente (suportada pela lei e pela constituição) para fugirem ao enquadramento como administração indireta e estando inseridos na administração autónoma do Estado.¹⁰⁴

Os acórdãos do tribunal de contas, assim como a Lei n.º 37/2007 de 19 de Fevereiro não se preocuparam em apurar a natureza jurídica das instituições de ensino superior, limitando-se a dizer abstratamente que “*Integram o SNCP, na qualidade de entidades compradoras vinculadas, os serviços da administração direta do Estado e os institutos públicos*” e “*Podem integrar o SNCP, na qualidade de entidades compradoras voluntárias, entidades da administração autónoma e do sector empresarial público, ..*” e não se preocupando com a

¹⁰³ Texto integral do Acórdão 20/2011, de 12 de julho, publicado no Diário da República, II Série, n.º 158, de 18 de Agosto de 2011;

¹⁰⁴ Ou apesar de serem considerados institutos públicos estão submetidos ao setor empresarial do estado.

questão concreta e essencial à resolução deste e de outros problemas que se colocam face à insuficiente definição quanto à natureza jurídica das instituições de ensino superior. Que, em última instância, deveria ter sido rigorosamente definida (e assim a questão definitivamente resolvida) aquando da publicação do diploma que originalmente teria esse escopo, o regime jurídico das instituições de ensino superior públicas.

4.5 Apreciação Crítica

*“Se os factos não se encaixam na teoria,
Modifiquem-se os factos”*

Albert Einstein

Conforme já foi referido o Código dos Contratos Públicos (CCP) foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro e teve na sua origem a transposição para o ordenamento jurídico português de Diretivas comunitárias.

Pela transposição destas diretivas ficou claro que às preocupações tradicionais do direito europeu dos contratos relativas à garantia da imparcialidade e luta contra a corrupção, se acrescenta a preocupação da contratação pública eletrónica que tem por objetivo assegurar maior eficácia na contratação e combater o desperdício de recursos públicos.

Assim, este código pretendeu não apenas uniformizar a legislação dispersa nas matérias de contratação pública (nomeadamente os diplomas que regulavam a aquisição de bens e serviços e empreitadas de obras públicas) como alcançar o objetivo de introduzir uma maior rigor e celeridade em matéria de contratação pública, introduzindo a contratação pública eletrónica e atuando como motor de regulação da despesa pública.

Ora nessa sequência é introduzido por esse diploma legal a possibilidade da contratação se fazer de forma centralizada, mediante a celebração de acordos quadros através das centrais de compras públicas.¹⁰⁵

“A par do esforço de consolidação orçamental e da reforma da Administração Pública, refletido no Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado (PRACE), a modernização da área das compras públicas assume um papel central na estratégia de

¹⁰⁵ Artigos 251º e seguintes e 260º e seguintes do CCP (Código dos Contratos Públicos)

redução da despesa pública através da contratação centralizada de bens e serviços transversais.

Esta estratégia de atuação tem em vista a criação de valor, obtenção de ganhos financeiros, poupanças e redução de custos mediante a realização de concursos públicos que permitam a celebração de acordos quadro que melhor potenciem as sinergias e economias de escala resultantes de um processo de concentração.”¹⁰⁶

Pelo exposto se concluiu que não é na base da diretiva 2004/18/CE que a ANCP¹⁰⁷ foi criada, mas sim para alcançar os já mencionados princípios de racionalização da despesa, eficiência operacional, geração de poupanças, promoção da competitividade e geração de informação de gestão.

“Dentro destes princípios enquadram-se medidas de estabelecimento de requisitos técnicos e funcionais e níveis de serviços exigentes para a Administração Pública, assim como a inclusão no caderno de encargos dos critérios de adjudicação para as aquisições ao abrigo do acordo quadro”¹⁰⁸

Os princípios orientadores da referida da referida Agência estão claramente plasmados no artigo 4º do supra mencionado diploma.¹⁰⁹

¹⁰⁶ [http: www.ancp.gov.pt/compras](http://www.ancp.gov.pt/compras) públicas/acordos quadro

¹⁰⁷ A Agência Nacional de Compras Públicas, E.P.E., (ANCP), criada pelo Decreto-Lei n.º 37/2007 de 19 de Fevereiro, tem por objeto conceber, definir, implementar, gerir e avaliar o Sistema Nacional de Compras Públicas (SNCP), com vista à racionalização dos gastos do Estado, à desburocratização dos processos públicos de aprovisionamento, à simplificação e regulação do acesso e utilização de meios tecnológicos de suporte e à proteção do ambiente.

Uma das principais prioridades de Ação da ANCP consiste no lançamento de concursos públicos com vista à celebração de acordos quadro ao abrigo dos quais as entidades vinculadas, bem como as entidades que adiram voluntariamente ao SNCP, passem a fazer a aquisição de bens e serviços que se destinam a satisfazer necessidades transversais da Administração Pública Portuguesa.

¹⁰⁸ [http: www.ancp.gov.pt/compras](http://www.ancp.gov.pt/compras) públicas/acordos quadro

¹⁰⁹ a) Segregação das funções de contratação e de compras e pagamentos, assente na adoção de procedimentos centralizados com vista à celebração, aos níveis global e sectorial, de acordos quadro ou outros contratos públicos e na subsequente compra e pagamento pelas entidades compradoras;

b) Celebração de acordos quadro ou outros contratos públicos de modo gradual, incremental e faseado por grupos de categorias de obras, bens móveis e serviços;

c) Igualdade de acesso dos interessados aos procedimentos de formação de acordos quadro ou outros contratos públicos;

d) Adoção de ferramentas de compras eletrónicas com funcionalidades de catálogos eletrónicos e de encomenda automatizada;

e) Adoção de práticas aquisitivas por via eletrónica baseadas na ação de negociadores e especialistas de elevada qualificação técnica, com vista à redução de custos para a Administração Pública;

Os procedimentos pré contratuais referidos no CCP no âmbito da contratação pública, são entre outros o Ajuste Direto e o Concurso Público. (Artigo 16º do CCP)

Tentamos agora aqui deixar um testemunho feito à luz da experiência na gestão de uma Instituição de ensino superior onde convivem cerca de 6000 alunos, 500 docentes e 150 trabalhadores não docentes. Sem mais decorre já uma primeira conclusão muitos são, com toda a certeza numa instituição desta dimensão, os procedimentos de aquisição de bens e serviços levados a cabo.¹¹⁰

As instituições que, em momento anterior à publicação dos citados acórdãos do Tribunal de contas que inverteram a classificação das IES para efeitos de compras públicas centralizadas, já levavam a cabo procedimentos via plataformas eletrónicas já potenciavam de forma clara os princípios norteadores das compras públicas, nomeadamente a racionalização da despesa e garantia de promoção de concorrência. Não foi seguramente a classificação forçada como entidades vinculadas que veio facilitar o alcance dos princípios norteadores dessas agências.¹¹¹

Em sede de concursos públicos, a título de exemplo, elegemos o procedimento para aquisição de serviços de viagens. A IES, atuando como entidade vinculada lança procedimento com referência ao acordo quadro – viagens a alojamento existente na ANCP. É permitido, com base no caderno de encargos desse acordo, a negociação de condições mais favoráveis. No entanto o acordo quadro contratualizado pela ANCP não tem em conta a especificidade do tipo de viagens efetuadas numa instituição de ensino superior pública. No âmbito destas instituições a maior parte das viagens a contratar são no âmbito de apresentação de artigos científicos em conferências nacionais e internacionais, no âmbito das quais os hotéis e preços já se encontram contratualizados e incluídos no valor da inscrição ou em função desta, tendo nestes casos as agências de viagens uma margem de lucro muito reduzida. Ora assim sendo as

f) *Adoção de práticas e preferência pela aquisição dos bens e serviços que promovam a proteção do ambiente;*
g) *Promoção da concorrência e da diversidade de fornecedores.*

¹¹⁰ Concursos públicos para aquisição de serviços de telecomunicações, vigilância limpeza, segurança, agência de viagens, plataformas eletrónicas e um sem número de procedimentos por ajuste direto.

¹¹¹ As IES que antes de estarem “crucificadas” numa classificação que só castra e asfixia a gestão deste tipo de instituições, sempre pautaram a sua atuação por critérios de transparência e abertura à concorrência, de que são exemplo a abertura de todos os procedimentos acima dos 1000 € a todos os fornecedores (até 5000€ o ajuste direto é simplificado nos termos da lei, todavia nesta IES em concreto para abrir os procedimentos à concorrência e assim conseguir mais valias quer nas adjudicações feitas quer nos fornecedores contratados abre-se a todos os fornecedores na plataforma de contratação pública acima dos 1000€.

agências de viagens tendem a onerar (para que possam obter lucro - fim último da sua constituição como sociedades) o preço das viagens contratadas. Do exposto evidencia-se concretamente uma situação recorrente em que se atenta diretamente contra os princípios norteadores das compras centralizadas.

Optamos por seleccionar um outro exemplo, para que se reforcem as evidências que aqui pretendemos demonstrar. – O procedimento para contratualização centralizada de serviços de limpeza. O preço base que consta do caderno de encargos (de acordo com o previsto no artigo 47º do CCP) é definido pela entidade contratante reporta-se ao valor do último contrato de limpeza tido na instituição. Todas as entidades que constam do acordo quadro, após tomada de conhecimento desse valor (pelo limite que ele implica) insurgem-se pelo facto de ser um valor demasiado baixo. Ora tal situação efetivamente é compreensível. Neste procedimento para contratualização centralizada de serviços de limpeza, as entidades que constam na lista do acordo quadro são na sua grande maioria de Lisboa. Ora o valor que praticava a anterior empresa de limpeza que operava nesta instituição (e que tinha sede na área do grande Porto) e que deu origem ao preço base do atual procedimento não contemplava grandes despesas de deslocação (valores que agora devem ser considerados pelas empresas que constam da referida lista dos acordos quadro) Aqui encontra-se uma das razões que justificadamente levam as empresas a reivindicar do valor baixo do preço base. Do que resulta, ou poderia resultar no aumento do preço base (situação que face a Lei de orçamento de Estado não pode ocorrer) ou a entidade contratante baixa a qualidade (pela diminuição do número de horas) para que as empresas apresentem propostas e o concurso não fique deserto (por não terem mais-valia económica). Se assim ocorrer, o que faz a entidade contratante? Abre novo procedimento quando já sabe que não há concorrentes em condições de concorrer. Não estamos, claramente a atentar diretamente contra o princípio da eficiência tão reivindicado pelo sistema nacional de compras públicas? Neste segundo caso que demonstramos que vantagens se retiram de um procedimento ser promovido pela ANCP? Alguma economia de tempo? Pelo exposto, como evidenciamos, será também esse critério completamente gorado.

Uma IES na área da Engenharia que preconize a investigação tem um sem número de vezes de adquirir material informático. Este é um outro exemplo que não queremos deixar de referir face à sua clara pertinência face à constatação que resulta de forma absoluta que determinadas áreas são total e inteiramente incompatíveis com a vinculação.

Em 90% dos casos são feitos pedidos de exceção (Autorização prevista ao abrigo do nº 4 do artigo 5º do Decreto-Lei nº 37/2007, de 19 de Fevereiro). Os formulários da ANCP destes pedidos para além de serem instruídos com a identificação da entidade requerente, do acordo quadro e dos bens e serviços a contratar obrigam a uma fundamentação técnica e jurídica.

Ora a resposta a essa fundamentação não é imediata (temos observado um prazo de resposta de cerca de 15 dias)¹¹² e normalmente face à evidente especificidade do equipamento informático tem sentido favorável à exceção. Ora se esta situação ocorre com uma frequência tal, que o “não pedido de exceção” é que é a “exceção”. E mais caso seja necessário um novo pedido de exceção sobre o mesmo equipamento com as mesmas características na vigência do mesmo acordo torna-se necessário um novo pedido de exceção. Que vantagens resultam destes procedimentos? Claramente nenhuma, apenas desvantagens, desperdício de tempo, de recursos e aumento da despesa pública.

Destas evidências expostas decorre que determinadas áreas são totalmente incompatíveis com a vinculação. E forçar essa vinculação tem de forma evidente implicações negativas quer no aumento da despesa pública pela afetação de mais recursos, quer no desperdício de tempo quer no preenchimento dos formulários, quer no hiato de tempo em que os “compradores esperam pelos bens”.

A acrescentar ao que foi dito, em sede de evidências comprovadas pela experiência na gestão destas matérias, apontamos um outro aspeto paradigmático da dificuldade de contratualização centralizada, que é a deteção evidente de falhas de categorias de bens nos acordos quadro. (Inúmeros bens específicos a determinadas áreas que os acordos quadro não contemplam).

A título de exemplo o acordo quadro do Licenciamento de Software não dispõe da maior parte das licenças que uma instituição desta natureza necessita, muito do material está claramente obsoleto e tal situação reitera-se acordo após acordo (não evidencia a melhoria no estabelecimento de novas licenças no novo acordo, deteta a falha e não melhora).

Outro exemplo no âmbito do acordo quadro de papel, economato e consumíveis de impressão, o referido acordo não contempla determinados bens essenciais a uma instituição de ensino,

¹¹² Todos estes dados estão comprovados em informação que pode ser disponibilizada com autorização do presidente da (s) IES.

nomeadamente giz e quadros. Os laboratórios necessitam de reagentes, material elétrico, componentes, nada que o supra mencionado acordo contemple. Daqui, mais uma vez, decorre que determinadas áreas são totalmente incompatíveis com a vinculação.

Há ainda outro aspeto, que deve aqui ser referenciado que diz respeito à fraca qualidade dos bens que constam dos acordos quadro, também a título de exemplo, ainda no âmbito do acordo quadro (de papel, economato e consumíveis de impressão) a qualidade que é apresentada dos apagadores de quadro é tão fraca que facilmente se comprova a não adequabilidade e mais uma vez a perda de tempo e recursos a fazer pedidos de exceção! Muitos outros exemplos poderiam aqui se referidos mas pensamos que com o testemunho já aqui descrito conseguimos demonstrar o que pretendíamos as óbvias implicações negativas, na eficiência e boa administração, em termos de desperdício de tempo, recursos e pelo consequente aumento da despesa pública.

“.....sendo a prossecução do interesse público o fim norteador da administração (conforme o disposto no n.º 1 do artigo 266º), esta não se encontra apenas obrigada a atuar verificados os pressupostos justificativos da satisfação de determinada necessidade pública, como tem o dever de escolher o melhor meio ou o meio ótimo de concretizar esse interesse público sob pena de uma prossecução deficiente e violadora de boa administração..”¹¹³

Efetivamente colocam-se aqui graves choques com a autonomia administrativa, ao limitar-se a discricionariedade das IES impedindo-as de definirem as estratégias que consideram mais benéficas e eficazes para o seu aprovisionamento, impondo-se a contratação de forma vinculada às estratégias definidas pela ANCP face aquilo que considera “mais vantajoso”. Não estaremos a configurar uma violação material da constituição?

Sabendo nós por tudo já exposto qual a posição das IES, que os princípios que norteiam as compras públicas não estão a ser assegurados e as implicações negativas que já vimos que tem a sua errada categorização, vamos tentar perceber que razões ou interesses podem estar subjacentes à sua qualificação (para efeitos de compras públicas) como pertencentes à administração indireta do estado? Quais os interesses que podem concorrer para a adoção da situação oposta à consagrada na lei, na maioria da doutrina e na experiência comprovada

¹¹³ OTERO, Paulo, “O poder de substituição em direito Administrativo ”Vol. II pág. 639 e 640.

supra descrita das realidades das IES? Que argumentos, face a tudo que já foi dito e que aponta noutro sentido, podem pesar a favor da vinculação?

Um primeiro aspeto que pode talvez concorrer para a solução oposta à correta é a questão de aos membros do Conselho de Administração da ANCP ser atribuída (por despacho n.º 357/09 de 27 de Abril do Senhor Secretários de Estado do Tesouro e Finanças (SETF) uma remuneração variável no montante de 30% da respetiva remuneração fixa anual, pelo cumprimento das metas e objetivos estabelecidos para o ano de 2008. Essas metas e objetivos passam naturalmente pelo aumento do volume de entidades vinculadas à ANCP¹¹⁴

É certo que com base na Lei de Orçamento de Estado de 2010, (nas reduções remuneratórias aí previstas e na determinação de não atribuição de prémios de gestão) tal remuneração variável deixou de constar.

Relacionado com esse ponto concorre o disposto no n.º 1 do artigo 15º da Lei n.º 37/2007 que refere que “*Constituem receitas da ANCP as cobradas por serviços prestados no âmbito do exercício das suas atribuições, bem como as que lhe sejam especialmente atribuídas por lei, acto ou contrato.*” E no n.º 2 que “*A ANCP é remunerada pelas entidades compradoras, nos termos definidos em portaria do ministro responsável pela área das finanças, tendo em conta indicadores de desempenho adequados, designadamente o volume de compras ou a poupança gerada.*”

No ano de 2010 através da Portaria n.º 407/2010 de 16 de Junho, foi fixada uma compensação financeira a pagar pelo Estado à Agência Nacional de compras Públicas no montante de 2 500 000 euros. Tal disposição foi entretanto revogada pela Lei n.º 117-A/2012 de 14 de Junho que aprova a ESPAP, IP (que prossegue as atribuições, de entre outras entidades, da ANCP)¹¹⁵

Facto curioso nesta lei é o disposto o n.º 3 do artigo 1º da referida Lei n.º 117-A/2012 de 14 de Junho que dispõe que “*A ESPAP, I. P., é equiparada a entidade pública empresarial para efeitos de conceção e desenvolvimento de soluções, aplicações, plataformas, projetos e execução de atividades conducentes ou necessárias à prestação de serviços partilhados,*

¹¹⁴ http://www.dgtf.pt/ResourcesUser/SEE/Documentos/see_ancp/ancp_2008_orientacoes_estrategicas.pdf

¹¹⁵ Artigo 27º da Lei n.º 117-A/2012 de 14 de Junho

compras públicas, gestão do parque de veículos do Estado (PVE) e às respetivas atividades de suporte e, em geral, à promoção da utilização de recursos comuns na Administração Pública.” Ora, o n.º 1 desse mesmo artigo refere que *A Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I. P., abreviadamente designada por ESPAP, I. P., é um instituto público de regime especial, nos termos da lei, integrado na administração indireta do Estado, dotado de autonomia administrativa e financeira e de património próprio*”. É a própria lei que não revoga o artigo 3º do DL n.º 37/2007, que permite um desvio à regra contida no n.º 2 desse artigo 3º. Ou seja o facto de serem institutos públicos de regime especial (não concordamos que integrados na administração indireta do estado por todos os motivos atrás expostos) permite-lhe para os efeitos referidos no n.º 3 do artigo 1º serem equiparados a entidade pública empresarial inserindo-se assim na disposição do n.º 3 do artigo 3º do DL n.º 37/2007 sendo assim, consideradas entidades voluntárias. (ainda que juridicamente enquadrados nos institutos públicos e ainda que (apesar de, na nossa opinião, mal) enquadradas na administração indireta do estado. Parece claro, obvio e inequívoco de que quem pode o mais pode também o menos pelo que não podem restar dúvidas quanto à não obrigatoriedade de as IES contratarem via central de compras públicas.

Outro aspeto relevante neste ponto é o facto de os fornecedores terem que onerar o preço dos bens ou serviços que disponibilizam para satisfazer a remuneração que consta do caderno de encargos e que têm que pagar à ANCP.¹¹⁶ Efetivamente se um fornecedor contratava diretamente com a entidade adjudicante e via agência centralizada de compras públicas tem que onerar o valor para cobrir a margem de contratação (via ANCP), obviamente que a despesa a ser tida pela entidade é mais elevada e obviamente que a IES vai ter que aumentar o preço base (ou como mais uma vez face à lei de orçamento de estado tal operação não é legal) vai ter que reduzir a qualidade.

Ainda um outro elemento essencial a ter em conta prende-se com os estrangulamentos regionais sentidos pelo facto de a larga maioria das entidades que constam das listas anexas

¹¹⁶ Artigo 24º do caderno de encargos do acordo quadro de viagens, transportes aéreos e alojamentos; Artigo 24º do caderno de encargos do acordo quadro para o fornecimento de eletricidade em regime de mercado livre para Portugal Continental; Artigo 34º do caderno de encargos do acordo quadro de equipamento informático; Artigo 34º do caderno de encargos do acordo quadro de cópia e impressão.....

aos acordos quadro estarem sediadas em Lisboa.¹¹⁷ Um concurso Público lançado no extremo norte, no sul do país ou nas ilhas (existem IES espalhadas por todo o território nacional) encaminha naturalmente melhores e mais eficientes soluções aos contraentes de que um ajuste direto organizado por um grupo de empresas (maioritariamente de Lisboa) que inflacionam os preços por um lado e não contribuem para o desenvolvimento da economia regional. Efetivamente, sendo uma entidade adjudicante do Porto, os fornecedores/titulares dos acordos ao virem prestar serviços ou entregar bens a 300 kms de distância têm que, obviamente, imputar as despesas de deslocação ao contrato.

Porque não a realização de acordos quadro regionais? Talvez assim (ainda que em abono da nossa tese sendo as IES consideradas entidades voluntárias) poderiam em casos que se justificasse, contratar via agência centralizada de compras públicas. Porque é esse o objetivo que se pretende, quando se constata claramente a redução da despesa via ANCP, devem as mesmas contratar por essa via, quando tal objetivo primordial não se preveja ser atingido contrata-se diretamente com o fornecedor.¹¹⁸

¹¹⁷ “...na perspectiva das centrais de compras, também nos parece que poderia ter sido previsto o acordo-quadro com vários operadores económicos e com fixação de todos os termos dos contratos a celebrar (contrato-quadro múltiplo), sem prejuízo da dificuldade de definição das regras disciplinadoras da adjudicação. Pense-se, por exemplo, na possibilidade de a Agência Nacional de Compras Públicas, E.P.E. ou de uma Unidade Ministerial de Compras celebrar um acordo-quadro na modalidade de contrato-quadro com vários operadores económicos para a aquisição de papel, sendo a adjudicação feita com base no critério da quantidade de papel fornecido por cada co-contratante ou no critério da região a que pertencem as entidades compradoras e cada um dos fornecedores.” Viana, Claudia “O acordo – quadro” in revista de direito público e regulação, pág. 11 e ss

¹¹⁸ Insiro neste ponto um trecho de um texto de autoria do Professor Doutor João Rocha, Presidente do Instituto Superior de Engenharia do Porto, escola integrada no Instituto Politécnico do Porto, que em particular nesta matéria refere que “O princípio fundador da ANCP tem mérito. Uma entidade, que possa agregar as compras do estado, assegurando custos mais baixos, com redução da burocracia, não pode deixar de ser saudada. No entanto e uma vez mais, tais princípios não passam do papel. O que se verifica na prática é que, de uma forma quase transversal, os preços obtidos nos procedimentos que se desenrolam através da ANCP muito poucas vezes são inferiores aqueles que, em concreto, o ISEP já obtinha antes de recorrer à mesma. É certo que é possível negociar as condições com os concorrentes, vindo-se de uma forma geral a obter os preços de que, já antes, o ISEP dispunha. Mas, a ser assim, qual é então o interesse de recorrer à ANCP? Claro que os relatórios de poupança que a ANCP apresenta são impressionantes. Mas, na generalidade dos casos (pelo menos no que se refere às IES), são obtidos pela negociação, que cabe exclusivamente à entidade que contrata sem qualquer intervenção da ANCP. E, refira-se, sendo os preços generalizadamente mais elevados do que normalmente se obteria, uma entidade contratante menos expedita que não proceda à negociação, acabará por pagar mais do que pagava antes. Para além disso há o problema dos cadernos de encargos. É que, sendo os mesmos elaborados pela ANPC, na generalidade (quase totalidade) dos casos não se adequam às necessidades das IES, obrigando à inclusão de serviços que não eram pretendidos ou à abertura de outro procedimento para incluir os serviços em falta (com sérios problemas em muitos casos em que só faz sentido prestar os dois serviços em conjunto, se ganharem concorrentes diferentes). Ou seja, quando antes se contratava um serviço que correspondia exatamente às necessidades, agora temos amálgamas que se tornam difíceis de gerir. As IES procedem à aquisição de bens

Mas sem dúvida que, investidos da faculdade de optar, como aliás é o exemplo espanhol que falaremos adiante, os princípios norteadores das compras públicas seriam atingidos pelas IES. Já constatamos claramente que sendo consideradas vinculadas as IES não atingem os objetivos da ANCP (porque não são capazes pois o modelo das compras públicas centralizadas impositivo, está vocacionado para instituições sem o grau de autonomia que caracteriza as IES- para a administração de Estado direta e indireta).

4.6 Tomada de posição.

"No fundo de um buraco ou de um poço, acontece descobrir-se as estrelas."

Aristóteles

De tudo que foi dito, chegados a este ponto e tendo concluído pela incorreta qualificação das IES como entidades vinculadas (porque incorretamente colocadas como pertencentes à administração indireta do estado!), apesar de o seu enquadramento jurídico apontar claramente noutro sentido, e de termos elencado os possíveis ou eventuais motivos pelos quais são as IES qualificadas como entidades vinculadas, cumpre apelar conjuntamente com a análise dos princípios que norteiam as compras públicas aos princípios de boa administração e eficiência, porque é isso que aqui está em causa ao qualificar erradamente certas instituições e onerar a máquina do estado e o desempenho dos seus órgãos.

que, em parte por vezes significativa, se destinam à investigação. Ora as respetivas necessidades ocorrem em função da aprovação dos projetos e da sua execução que são da responsabilidade exclusiva dos investigadores responsáveis. Não pode assim a gestão de um IES diferir uma aquisição quando ela se torna necessária para a boa execução de um projeto, com o argumento de que, no futuro, o mesmo tipo de equipamento pode ser necessário para um outro projeto, permitindo a agregação das compras, sob pena de por em causa o financiamento do projeto pelas entidades financiadoras. E aí surge o problema dos pedidos de exceção, muito frequentes no material informático (de uma forma geral o disponível na ANCP não responde às necessidades da investigação e encontra-se obsoleto). Seria normal que uma vez autorizada a exceção para um equipamento – digamos um iPad – ela se mantivesse em aquisições futuras. Nada mais falso! Se se pretender comprar outro iPad com características iguais, na vigência do mesmíssimo acordo quadro, torna-se necessário um novo pedido de exceção. Como se, o que não estava antes, passasse a estar sem que o acordo quadro se alterasse! Em suma, sendo muito útil que as IES pudessem recorrer aos acordos quadro da ANCP como entidades voluntárias, quando entendessem que lhes era mais vantajoso, a experiência demonstra que nenhuma vantagem se tem retirado da vinculação à ANCP.

*“O conteúdo do conceito” - de Boa Administração - “é, assim, associado à ideia de que a Administração Pública tem o dever de prosseguir sempre da melhor maneira possível o interesse público, a satisfação das necessidades coletivas postas a seu cargo, adotando, para o efeito, as melhores soluções possíveis, do ponto de vista administrativo (técnico e financeiro)”*¹¹⁹

Desta clarificação decorre que os conceitos de boa administração e eficiência têm caminhado juntos. De uma forma sintética e para enquadrar o conceito neste trabalho diga-se que pomos de lado a visão da doutrina europeia de que o *“conteúdo do conceito deva ser reconduzido à imposição de um conjunto de deveres jurídicos”*¹²⁰ adotando um entendimento deste conceito de boa administração de uma forma ampla, ou seja, integrado por componentes jurídicos e não jurídicos.¹²¹¹²²

Segundo Mário Aroso de Almeida e com base nas diferentes recomendações e resoluções produzidas, ao longo dos anos, pelo Conselho da Europa, constituem padrões não jurídicos de boa administração a acessibilidade dos serviços públicos, a efetividade (continuidade e flexibilidade dos serviços públicos, produtividade no cumprimento das tarefas administrativas, em conformidade com os objetivos politicamente traçados), a adequada formação dos agentes públicos, a qualidade da regulamentação produzida pela Administração

¹¹⁹ ALMEIDA, Mário Aroso, *“Teoria Geral do Direito Administrativo- Temas nucleares”* Almedina, 2012, pág. 45

¹²⁰ ALMEIDA, Mário Aroso, *“Teoria Geral do Direito Administrativo- Temas nucleares”* Almedina, 2012, pág. 62

¹²¹ Neste sentido a Recomendação CM/Rec (2007)7 adotada pelo comité de Ministros do Conselho da Europa em 20 de junho de 2007, cujos mais relevantes (para esta tese) trechos se transcrevem: *“.... Considering that good administration is an aspect of good governance; that it is not just concerned with legal arrangements; that it depends on the quality of organisation and management; that it must meet the requirements of effectiveness, efficiency and relevance to the needs of society; that it must maintain, uphold and safeguard public property and other public interests; that it must comply with budgetary requirements; and that it must preclude all forms of corruption.... Recommends that the governments of member states: promote the right to good administration in the interests of all, by adopting, as appropriate, the standards set out in the model code appended to this recommendation, assuring their effective implementation by the officials of member states and doing whatever may be permissible within the constitutional and legal structure of the state to ensure that regional and local governments adopt the same standards.*

¹²² Ora, sendo o conceito de boa administração um elemento importante da boa governação tal implica a necessidade das duas componentes (jurídico e não jurídico) já supra mencionadas como elementos necessários para prosseguir a aferição da conformidade de cada estado a padrões pré definidos: nomeadamente qualidade da legislação, participação nas tomadas de decisão, qualidade da gestão financeira e orçamental, accountability (prestação de contas), entre outros.

(do ponto de vista da sua simplicidade, compreensibilidade e permanente atualização) a manutenção, proteção e preservação dos bens públicos, a simplificação e flexibilidade dos procedimentos).¹²³

Paulo Otero¹²⁴, refere que “ *Não importa somente prosseguir o interesse público, a Administração deve visar sempre a melhor prossecução do interesse público, segundo os melhores critérios de escolha e as melhores condições possíveis, tudo sito tendo por objetivo obter a solução mais adequada e perfeita*”

Segundo Freitas do Amaral o princípio da Boa administração ou o princípio da eficiência estão expressamente previstos na alínea c) do artigo 81º da CRP para o setor público empresarial, sendo que no artigo 10º do CPA parte final estende-o a toda a atividade administrativa.¹²⁵ No mesmo sentido está Marcelo Rebelo de Sousa¹²⁶ que refere que “ *à luz da constituição vigente, temos sustentado – desde 1985 – tal como o aceita expressamente Diogo Freitas do Amaral, que a relevância jurídica do princípio é inquestionável....*” Apesar de lhe dirigir algumas reservas no que diz respeito à anulação ou a declaração de nulidade jurisdicionais de regulamentos administrativos ou de atos administrativos por violação deste princípio “ *apenas pode ocorrer no caso de aplicabilidade de critérios ou pautas técnicas extra – jurídicas ou de violação dos princípios da justiça, da igualdade ou da proporcionalidade*”¹²⁷

“*..não temos dúvidas em reconhecer que, como a Administração pública deve cumprir os seus deveres com máxima eficiência, os poderes discricionários concretizam-se no dever do agente administrativo de identificar a melhor solução em cada caso concreto, a solução ótima para a prossecução do bem comum, no respeito pelos direitos e interesses legalmente*

¹²³ Os padrões jurídicos de boa administração também com base nas diferentes recomendações e resoluções produzidas, ao longo dos anos, pelo Conselho da Europa são os princípios jurídicos fundamentais que se impõem à administração nos modernos estados de direito (artigos 3º e ss do Código do Procedimento Administrativo)

¹²⁴ OTERO, Paulo, “*O poder de substituição em direito Administrativo*” Vol. II pág. 638 e ss

¹²⁵ Sendo que qualifica o dever de boa administração na perspetiva clássica e na senda da doutrina europeia como um dever jurídico.

¹²⁶ *Um princípio ligado ao da prossecução do interesse público é o princípio da boa administração, do mérito ou da eficiência, previsto na alínea c) do artigo 81º da CRP para o setor público empresarial, mas alargado desde a revisão de 1997, pelo n.º 2 do artigo 266º da Constituição, e, já antes disso, pelo Artigo 10º do Código do Procedimento Administrativo, a toda a atividade da Administração Pública*, pág. 115 Lições de direito Administrativo- Volume I – LEX, Lisboa 1999.

¹²⁷ SOUSA; MARCELO REBELO in “*lições de direito administrativo*” pág., 115

protegidos dos particulares. E, nesse sentido, também não temos dúvidas em reconhecer o alcance do imperativo da eficiência, para a Administração Pública, como um verdadeiro principio jurídico ainda que imperfeito”¹²⁸

Também a doutrina espanhola se pronuncia nesse sentido “ *Y si la Constitución menciona la eficiencia en su artículo 31.2 como criterio de programación y ejecución del gasto público, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común lo convierte en un criterio general de actuación de las administraciones públicas en su artículo 3.2, según el cual “ las administraciones públicas...se rigen...en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos”Así pues, la eficiencia es hoy norma positiva en el Derecho administrativo español*”¹²⁹

Mas efetivamente qual o interesse destes princípios (eficiência e boa administração) neste estudo em concreto?

Com um errado enquadramento das IES no âmbito das compras públicas parece claro por todos os motivos já atrás expostos que o princípio da eficiência e da boa administração não são prosseguidos. Efetivamente se conjugarmos os princípios que norteiam as compras públicas com os princípios de boa administração e eficiência chegamos facilmente à conclusão que a Administração podia encontrar uma solução melhor para o caso concreto das IES. Em primeiro lugar face ao enquadramento legal que tentamos neste trabalho demonstrado ter e em última instância face às especificidades das referidas instituições.

Se os princípios que norteiam as compras públicas, já elencados num ponto anterior neste estudo, visam sobretudo “ *A par do esforço de consolidação orçamental e da reforma da Administração Pública, refletido no Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado (PRACE), a modernização da área das compras públicas assume um papel central na estratégia de redução da despesa pública através da contratação centralizada de bens e serviços transversais. Esta estratégia de atuação tem em vista a criação de valor, obtenção de ganhos financeiros, poupanças e redução de custos mediante a realização de concursos*

¹²⁸ ALMEIDA, Mário Aroso, “*Teoria Geral do Direito Administrativo- Temas nucleares*” Almedina, 2012, pág. n.º 73

¹²⁹ CABALLERIA, Marcos Vaquer, “el criterio de la eficiencia en el derecho administrativo”

públicos que permitam a celebração de acordos quadro que melhor potenciem as sinergias e economias de escala resultantes de um processo de concentração.”¹³⁰

Se eficiência é produzir mais a menor custo, então tal classificação tem efeitos claramente negativos porque não se produz mais /compra mais a menor custo mas sim claramente o contrário como foi evidenciado.

A luz dos princípios da eficiência e da boa administração como elemento da boa governação que implicam que a gestão seja o mais eficiente possível com o menor custo, a nossa opinião e análise é que a adoção de políticas como a qualificação das IES como entidades vinculadas colide frontalmente com tais princípios.

4.7 Um exemplo de direito comparado: o caso espanhol

Para corroborar tudo que até aqui dissemos, fomos pesquisar o bom exemplo do direito espanhol face a este assunto. Para tal iniciamos com um breve apontamento sobre o Direito administrativo europeu (para enquadrar as diretivas e as diferentes formas de transposição)¹³¹

¹³⁰ <http://www.ancp.gov.pt/PT/ComprasPublicas/Pages/Home.aspx>

¹³¹ Conforme, refere Colaço Antunes em “*o Direito Administrativo sem Estado*”, Pág. 118 “*O Direito Administrativo Europeu não é fruto de qualquer despotismo iluminado europeu, mas da superação do Estado como forma histórica do ordenamento jurídico geral.*”

O Direito Administrativo Europeu é a direção para a qual caminha o Direito Administrativo nacional. O Direito Administrativo marcha para o Direito Administrativo Europeu! Como se decalca este caminho?

Apesar de algumas manifestações anteriores é com o tratado de Maastricht que se verifica efetivamente o traçado de um novo ordenamento jurídico - administrativo diferente e autonomizado do ordenamento criado pelo legislador nacional. *Esta evolução deu-se gradualmente culminado com o efetivo reconhecimento formal da figura da cidadania europeia e da plurisubjectividade jurídica (pág. 57 e ss)*, (cf. artigo 20º do tratado de funcionamento da união europeia). Ultrapassado o reconhecimento de ordenamento jurídico geral ao ordenamento comunitário, pode concluir-se pela existência de um direito administrativo europeu? Ainda nas palavras de Colaço Antunes, “*Só a prova dos factos estruturantes do direito administrativo pode legitimar a existência do ato administrativo comunitário e, consequentemente, do direito administrativo europeu (pág. 60 e ss)*”. “*O Direito administrativo europeu engloba o conjunto de princípios e de normas comuns existentes na Europa comunitária, filtrados pelo tribunal de justiça, a par de uma normação própria e autónoma que*

O âmbito deste estudo prende-se com a existência de uma agência de compras centralizadas e as implicações (negativas?) das instituições estarem vinculadas (ou não) a proceder à aquisição de bens e serviços via um organismo centralizador das compras públicas.

Ora essa situação decorre em primeira instância da contratação pública e do Decreto – Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que aprova o Código dos Contratos Públicos (CCP). Este diploma teve na sua origem a transposição para o ordenamento jurídico português das Diretivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, bem como da Diretiva n.º 2005/51/CE, da Comissão, de 7 de Setembro, e ainda da Diretiva n.º 2005/75/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Novembro.

Essas diretivas foram transpostas nos termos do artigo 288º do Tratado de funcionamento da união europeia¹³² para o ordenamento jurídico português¹³³. Foram também transpostas para o ordenamento jurídico espanhol.

Segue uma breve explicação sobre a questão da transposição. Nesta matéria de contratação pública, a título de exemplo o legislador nacional harmoniza-se com o comunitário, tentando substituir uma legislação por outra. Pretende-se com isto uma normação convergente aos vários direitos nacionais.

Todavia a atividade administrativa comunitária não pertence apenas a estruturas diretamente integradas na comunidade europeia, mas sim à administração pública de cada um dos estados membros.¹³⁴ O que isto significa é que este não é um caminho fácil, os ordenamentos jurídicos de cada um dos estados membros bem como a estruturação da organização administrativa variam de Estado para Estado dificultando a tarefa de uniformização. Todavia esta desigualdade não pode ser levada ao extremo. Neste sentido refere Paulo Otero que “ *A autonomia ou a liberdade dos estados membros nunca pode ser invocada para, justificar a*

disciplina direta e crescentemente a Administração Comunitária e as respetivas relações com os particulares”(pág. 69 e ss)

¹³² A transposição das diretivas comunitárias para os ordenamentos jurídicos nacionais deve obedecer aos princípios comunitários da contratação pública, nomeadamente: Princípios da igualdade e não discriminação em razão da nacionalidade; Princípios da transparência, publicidade e imparcialidade; Princípios do reconhecimento mútuo e da proporcionalidade e Princípio da tutela jurisdicional efetiva.

¹³³ Diferentemente do que acontece com os regulamentos.

¹³⁴ Considerando assim a existência de dois direitos administrativos, um nacional e um europeu, urge encontrar um ponto de equilíbrio (que não tem que ser equilibrado).

inobservância das vinculações decorrentes do Direito Comunitário, nem poderá ser usada para uma quebra da sua aplicação uniforme”¹³⁵.

O legislador nacional deve aplicar o direito comunitário com o mesmo rigor e eficácia com que o faz para o seu direito interno, impondo a mesma dignidade e seriedade na sua aplicação.¹³⁶

Todavia o já referido artigo 288º do Tratado de funcionamento da união europeia dispõe que “*a diretiva vincula o estado membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.*” Deste normativo retira-se que é deixada uma margem de atuação que “pode” não convergir no efeito pretendido.

Pelo que, a realização da perspetivada “uniformização” das regras em questão encontra dificuldades desde logo na transposição no direito nacional dos preceitos contidos nas diretivas e obviamente também na aplicação dos textos nacionais de transposição.¹³⁷

Ora, em Espanha a organização administrativa é diferente, face à especificidade das autonomias.

As universidades estão reguladas pela Lei Orgânica n.º 6/2001 de 21 de Dezembro alterada pela Lei n.º 4/2007 de 12 de Abril.

¹³⁵ PAULO OTERO, *A Administração Pública nacional como administração comunitária: os efeitos internos da execução administrativa pelos estados membros do direito comunitário* “in Estudos em homenagem à professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço, Vol. I Almedina 2002, pág. 820 e ss

¹³⁶ Neste sentido o alcance e limites do direito administrativo europeu dependem por um lado do crescimento do ordenamento jurídico geral comunitário e por outro da capacidade de integração dos direitos nacionais nessa realidade, integrando institutos comuns aos vários direitos administrativos nacionais. Desta conclusão, como refere Colaço Antunes, deriva que: “*1. Incluem-se institutos ou partes de institutos disciplinados parcialmente pelos direitos administrativos nacionais, disciplina essa, no entanto, sujeita à conformação do direito administrativo comunitário ou aos princípios gerais comuns aos vários estados membros. 2. São excluídos do seu objeto não apenas algumas matérias de relevo constitucional mas também alguns institutos que tenham um estatuto secundário ou residual para o ordenamento jurídico compósito supranacional.*”¹³⁶

¹³⁷ Assim, por um lado por força da transposição das diretivas comunitárias, muitas das soluções que acabaram por ser consagradas no CCP não resultam da livre vontade do legislador nacional, mas sim da obrigação de reprodução de regras constantes das mesmas, reduzindo a margem da opção legislativa, o que não é despiciendo nesta análise, ou seja, demonstrando *uma clara dependência do chamado efeito útil e harmonizador das diretivas*.¹³⁷, por outro é ainda deixada uma margem de discricionariedade ao direito nacional que pode “comprometer” o alcance da uniformização de um direito administrativo europeu “uno”.

O primeiro diploma fundamentalmente refere que “ *La universidad realiza el servicio público de la educación superior mediante la investigación, la docencia y el estudio* ”

A legislação administrativa deu à Universidades” *el carácter de organismo autónomo o de entidad de derecho público* ”¹³⁸

“*Parece que después de largo tiempo recorrido las universidades públicas siguen siendo organismos autónomos o entidades de derecho público, y que son administraciones públicas en cuanto desempeñan potestades de esta categoría.*”¹³⁹

Têm autonomia garantida na lei (artigo 2 da referida lei Orgânica n.º 6/2001) que dispõe: “*Las Universidades están dotadas de personalidad jurídica y desarrollan sus funciones en régimen de autonomía y de coordinación entre todas ellas*” e na constituição (conforme artigo 27.10....) e fazem parte do sector público autónomo.¹⁴⁰

Concretamente no que diz respeito à questão das compras públicas de acordo com o previsto o ponto 2 desse já referido artigo 2 (dessa mesma lei orgânica) dispõe na alínea h) que a autonomia das universidades compreende “ *La elaboración, aprobación y gestión de sus presupuestos y la administración de sus bienes* ”¹⁴¹

As Agência de compras centralizadas existem (face à diretiva comunitária) mas não vinculam as Universidades. ¹⁴² E não vinculam porque resulta absolutamente claro da doutrina

¹³⁸ PASCUAL, Juan Manuel del Valle in” LA universidad: una administración pública en trance de revisión”

¹³⁹ PASCUAL, Juan Manuel del Valle in” LA universidad: una administración pública en trance de revisión, publicado em diário la LEY

¹⁴⁰ Supremo Tribunal Constitucional espanhol 26/1987 de 27 de Fevereiro de 1987: “*Entiende que la autonomía universitaria -y aquí radica la principal diferencia-, más que como un derecho fundamental cuyo «contenido esencial» deba ser el parámetro de la constitucionalidad de su regulación, debe examinarse preferentemente desde el punto de vista de la garantía institucional admitido por este Tribunal en los términos que reproduce la Sentencia de 28 de julio de 1981. Con base en esta Sentencia y en la doctrina científica que cita, llega a las siguientes conclusiones: que comporta la autonomía la existencia misma de la Universidad; que ésta ha de contar con órganos representativos de la comunidad universitaria -Universidad y Comunidad-, encargados de gestionar los intereses propios de la institución; que para gestionar esos intereses ha de disponer de potestades administrativas; y que, en fin, esas potestades han de ejercerse «sin sujeción a controles genéricos o indeterminados de legalidad ni a ningún control de oportunidad». El núcleo resistente al legislador, o contenido indisponible de la autonomía universitaria, se reduce, desde este ángulo de la garantía institucional, al «respeto a la existencia misma de la institución y a la necesaria aplicación de ciertos principios organizativos». Es, pues, «mucho mayor» como garantía institucional que como derecho fundamental «el poder conformador de las normas que regulan la institución», y ello deriva también, a juicio del Abogado del Estado, «de la expresa regulación constitucional que arbitra amplios poderes del legislador».*

¹⁴¹ Apesar de no RJIES a disposição ser semelhante ela tem um alcance muito mais amplo no direito espanhol pois nem o Estado nem as Comunidades Autónomas lhes ocorreu limitar essa competência.

¹⁴² Centrais de contratação referidas no âmbito do Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de Novembro de 2011 (que condensa num único texto todas as disposições aplicáveis à contratação do sector público incluídas na lei n.º 30/2007, nas sucessivas leis que a modificaram e outras disposições) no artigo 203º que dispõe; “1. *Las*

entidades del sector público podrán centralizar la contratación de obras, servicios y suministros, atribuyéndola a servicios especializados. 2. Las centrales de contratación podrán actuar adquiriendo suministros y servicios para otros órganos de contratación, o adjudicando contratos o celebrando acuerdos marco para la realización de obras, suministros o servicios destinados a los mismos. 3. Las centrales de contratación se sujetarán, en la adjudicación de los contratos y acuerdos marco que celebren, a las disposiciones de la presente Ley y sus normas de desarrollo.” De seguida dispone el artículo 204^a que “1. La creación de centrales de contratación por las Comunidades Autónomas, así como la determinación del tipo de contratos y el ámbito subjetivo a que se extienden, se efectuará en la forma que prevean las normas de desarrollo de esta Ley que aquéllas dicten en ejercicio de sus competencias. 2. En el ámbito de la Administración local, las Diputaciones Provinciales podrán crear centrales de contratación por acuerdo del Pleno.” En el artículo 205^o “1. Las Comunidades Autónomas y las Entidades locales, así como los Organismos autónomos y entes públicos dependientes de ellas podrán adherirse al sistema de contratación centralizada estatal regulado en el artículo 206, para la totalidad de los suministros, servicios y obras incluidos en el mismo o sólo para determinadas categorías de ellos. La adhesión requerirá la conclusión del correspondiente acuerdo con la Dirección General del Patrimonio del Estado. 2. Igualmente, mediante los correspondientes acuerdos, las Comunidades Autónomas y las Entidades locales podrán adherirse a sistemas de adquisición centralizada de otras Comunidades Autónomas o Entidades locales. 3. Las sociedades y fundaciones y los restantes entes, organismos y entidades del sector público podrán adherirse a los sistemas de contratación centralizada establecidos por las Administraciones Públicas en la forma prevista en los apartados anteriores”; En el artículo 206^o sobre la contratación centralizada en el ámbito estatal “1. En el ámbito de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, el Ministro de Economía y Hacienda podrá declarar de contratación centralizada los suministros, obras y servicios que se contraten de forma general y con características esencialmente homogéneas por los diferentes órganos y organismos. 2. La contratación de estos suministros, obras o servicios deberá efectuarse a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado, que operará, respecto de ellos, como central de contratación única en el ámbito definido en el apartado 1. La financiación de los correspondientes contratos, correrá a cargo del organismo petionario. 3. La contratación de obras, suministros o servicios centralizados podrá efectuarse por la Dirección General del Patrimonio del Estado a través de los siguientes procedimientos: a) Mediante la conclusión del correspondiente contrato, que se adjudicará con arreglo a las normas procedimentales contenidas en el Capítulo I del Título I de este Libro. b) A través del procedimiento especial de adopción de tipo. Este procedimiento se desarrollará en dos fases, la primera de las cuales tendrá por objeto la adopción de los tipos contratables para cada clase de bienes, obras o servicios mediante la conclusión de un acuerdo marco o la apertura de un sistema dinámico, mientras que la segunda tendrá por finalidad la contratación específica, conforme a las normas aplicables a cada uno de dichos sistemas contractuales, de los bienes, servicios u obras de los tipos así adoptados que precisen los diferentes órganos y organismos. En tanto no se produzca la adopción de tipos conforme a lo señalado en el apartado anterior, o cuando los tipos adoptados no reúnan las características indispensables para satisfacer las necesidades del organismo petionario, la contratación de los suministros, obras o servicios se efectuará, con arreglo a las normas generales de procedimiento, por la Dirección General del Patrimonio del Estado. No obstante, si la Orden por la que se acuerda la centralización de estos contratos así lo prevé, la contratación podrá realizarse, de acuerdo con las normas generales de competencia y procedimiento, por el correspondiente órgano de contratación, previo informe favorable de la Dirección General del Patrimonio del Estado. Cuando la contratación de los suministros, servicios u obras deba efectuarse convocando a las partes en un acuerdo marco a una nueva licitación conforme a lo previsto en las letras a) a d) del apartado 4 del artículo 198, la consulta por escrito a los empresarios capaces de realizar la prestación, así como la recepción y examen de las proposiciones serán responsabilidad del organismo interesado en la adjudicación del contrato, que elevará la correspondiente propuesta a la Dirección General del Patrimonio del Estado. Si la adopción de tipo se hubiese efectuado mediante la articulación de un sistema dinámico de contratación, en la adjudicación de los contratos que, por razón de su cuantía, no estén sujetos a un procedimiento armonizado, no regirá lo dispuesto en el artículo 201.2 y en el artículo 202.2 sobre la imposibilidad de convocar nuevas licitaciones mientras esté pendiente la evaluación de las ofertas presentadas. 4. La conclusión por la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales de acuerdos marco que tengan por objeto bienes, servicios u obras no declarados de contratación centralizada requerirá el informe favorable de la Dirección General del Patrimonio del Estado, que deberá obtenerse antes de iniciar el procedimiento dirigido a su adjudicación, cuando esos bienes, servicios u obras se contraten de forma general y con características esencialmente homogéneas en el referido ámbito. Igualmente, será necesario el previo informe favorable de la Dirección General del Patrimonio del Estado para

espanhola que não se pode impor nenhuma medida dessa natureza (de vinculação e limitação à autonomia) às universidades precisamente por ter essa autonomia!¹⁴³ É uma gestão feita pelas universidades.

O já referido acórdão n.º 491/2008 do Tribunal Constitucional refere que “*A autonomia das universidades é, também, um valor fundamental reconhecido em outros países e tema de vária doutrina e jurisprudência estrangeiras*¹⁴⁴. Assim, a Espanha consagra-a no art.º 27.º, n.º 10, da sua Constituição, de 1978. E o Tribunal Constitucional espanhol teve, já, a ocasião de a considerar um autêntico direito fundamental (Sentencias 26/1987 e 106/1990), ainda que, na linguagem de Francisco de Borja López-Jurado Escribano (*La autonomía de las Universidades como derecho fundamental: La construcción del Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, S.A., pp. 21 e segs.), um “direito fundamental light”, já que, segundo a

la celebración de acuerdos marco que afecten a más de un Departamento ministerial, Organismo autónomo o entidad de las mencionadas en este apartado.”

¹⁴³ Francisco Sosa Wagner, Catedrático de Derecho Administrativo da Facultad de Derecho. Universidad de León (Espanha) in “*la autonomía Universitaria (un mito que confiere poder)*” refere que “*Pronto llegaría la jurisprudencia para colmar las alegrías del lenguaje. Y así no tardaría en decir el TC que la libertad académica tiene dos vertientes (sentencia 26/1987 de 27 de febrero), una colectiva o institucional, constituida por la autonomía universitaria, y otra individual, compuesta por la libertad de cátedra. Ambas “sirven para delimitar ese espacio de libertad intelectual sin el cual no es posible la creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura que constituye la última razón de ser de la Universidad”. Y, respecto de la libertad de cátedra, ya con anterioridad a la aprobación de ese texto legal, la sentencia del TC 5/1981 de 13 de febrero la había definido como “el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites del puesto docente que ocupan”, por lo que constituye una “libertad individual del docente, a quien depara un espacio intelectual resistente a injerencias compulsivas impuestas externamente”.*

¹⁴⁴ A Itália consagra-a no art.º 33.º da sua Constituição (cf. Domenico Fazio, Alberto Baretoni Arleri, Giovanni D’Addona, Fábio Matarazzo, *L’Ordinamento Universitario Italiano*, Raccolta sistematica delle Fonti Normative, vol. I). Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn reconhece o direito fundamental da liberdade de ciência. E o direito de autonomia está garantido pela maior parte das Constituições dos Länder e pela Lei federal de 1976 (cf., entre vários, W. Thieme, *Deutsches Hochschulrecht*, 2.ª edição, Köln, 1986). Segundo Georges Vedel (*La experiencia de la reforma universitaria francesa: autonomía y participación*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1978, pp. 32-33), “o sistema universitário francês tornou-se, desde a III República, o único serviço público autogestionado da história francesa”, tendo-se a autonomia afirmado, na prática, muito para além do previsto na lei relativa às atribuições ao Ministério da Educação. A Constituição brasileira de 1988, constitucionalizando legislação ordinária anterior, prevê, no seu art.º 207, a autonomia das universidades em termos que não se distanciam muito dos da nossa Lei fundamental (Cf., entre vários, Palhares Moreira Reis, «A autonomia das universidades públicas na Constituição de 1988», *Revista de Informação legislativa*, Janeiro a Março 1990, pp. 99 e segs.; Giuseppi da Costa, «A autonomia universitária e seus limites jurídicos», *Revista cit.*, Julho a Setembro 1990, pp. 61 e segs.; Edivaldo M. Boaventura, «A constitucionalização da autonomia universitária», *Revista cit.*, Outubro-Dezembro 1990, pp. 297 e segs.). (em consonância com o disposto no acórdão 491/2008).

própria sentença [refere-se à Sentencia 26/1987], “não é substancialmente distinto o protegido pela figura da garantia institucional do que se protege através da figura de direito fundamental nos termos que a lei estabeleça” (cf. também José Ramón Chaves García, Organización y Gestión de las Universidades Públicas, PPU, Barcelona, 1993, p. 26; Tomás Ramón Fernández, La autonomía universitaria: ámbito y límites, Editorial Civitas, S.A., p. 39 e segs.).

E o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 248/2010 debruçou-se também sobre este ponto nos seguintes termos (na parte que aqui nos interessa) “ Desde há muito que a jurisprudência constitucional espanhola, perante um preceito constitucional de conteúdo muito semelhante ao nosso (artigo 27.º, n.º 10, da Constituição Espanhola), fundamenta a autonomia universitária na necessidade de garantir a liberdade académica – liberdade de ensino, estudo e investigação – contra as ingerências externas e identifica o seu conteúdo essencial como o conjunto dos elementos necessários à garantia da liberdade académica (Vide STC 26/1987, STC 55/1989, STC 106/1990 e STC 156/1994, disponíveis em www.boe.es). Paralelamente, em 1988, por ocasião da comemoração do nono centenário da Universidade de Bolonha, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA definiu a Universidade como a “consciência crítica de uma sociedade aberta” (Vide “La autonomía universitária”, in Revista de Administración Pública, n.º 117, 1988, pp. 7 e ss.). Segundo o referido Autor, a autonomia universitária constitui o instrumento essencial que transforma uma determinada organização numa universidade e que explica a sua vitalidade, a sua permanência ao longo dos tempos e, sobretudo, a sua possibilidade de renovação, ideia tão cara ao próprio desenvolvimento das sociedades humanas. Na verdade, nessa perspetiva, a Universidade só pode assegurar a sua função de formação de novos académicos ou mesmo de meros profissionais, através de um ensino crítico, plural e não dogmático, que se coloca a si mesmo constantemente em causa, aberto à investigação e à mudança permanentes. A autonomia universitária significa, assim, em primeiro lugar, “liberdade de ciência e incorporação dessa liberdade no processo formativo”, sendo necessário um enquadramento institucional concreto que as torne possíveis. O prestígio de uma universidade assenta sobretudo no prestígio dos seus professores. Ninguém questiona que a seleção do pessoal docente deva ser levada a cabo pela própria comunidade científica universitária. Apenas a comunidade científica está em condições de avaliar objectivamente os seus membros. Assim, a construção da autonomia

universitária, enquanto objetivo a alcançar, reclama necessariamente uma capacidade de auto-organização e de auto-decisão das Universidades para diversos efeitos, nomeadamente para seleccionar adequadamente o seu próprio corpo docente (ob. cit., pág. 11 a 19)”

CONCLUSÕES

"A parte que ignoramos é muito maior que tudo quanto sabemos."

Platão

Fizemos uma passagem pela organização administrativa portuguesa a um enquadramento das instituições nessa organização, que contraria o entendimento de que as instituições de ensino superior públicas pertencem à Administração Indireta do Estado. Tratamos nesta tese que a lei, doutrina e experiência apontam no sentido que defendemos ou seja, pelo enquadramento das IES na Administração Autónoma e pela consequente não obrigatoriedade de contratação via Agência Nacional de Compras Públicas, abordamos também que eventualmente poderão estar na origem dessa “desviante” categorização outros interesses e elencamos alguns aspetos que podem nesse prisma ser determinantes.

O artigo 3º da Lei n.º 37/2007 que era alvo de interpretação por parte das IES baseado no entendimento de que as IES estavam enquadradas na administração autónoma e consequentemente no n.º 3 (face ao contexto legal que já referimos) foi um entendimento sepultado com a publicação de dois acórdãos do Tribunal de Contas que “arrumam” as IES como entidades vinculadas (porque sem qualquer fundamentação jurídica empurradas para a administração indireta do estado). Acórdãos esses, que como já referimos também, estão desprovidos de qualquer fundamentação clara e precisa quanto aos motivos que levam a esse enquadramento.

Ora esta realidade após a publicação destes acórdãos criou:

- a) Graves dificuldades de entendimento sobre a qualificação das IES, (sendo certo que algumas instituições de ensino superior não os adotam por entenderem serem claramente violadores de todos os princípios e normas que aqui se conjugam);
- b) Estrangulamentos regionais;
- c) Aumento da despesa (dados comprovados);
- d) Violação dos princípios da eficiência e boa administração.

Importa aqui, talvez reforçar a ideia de que a centralização das compras públicas é um bom princípio e que pode efetivamente em muitos casos nomeadamente na administração direta e indireta do estado em que os organismos não pautam a sua atuação pela autonomia nem têm especificidades que comportem exceções (e mesmo em alguns casos na administração autónoma e no sector empresarial do estado razão pela qual a faculdade de serem entidades voluntárias existe) se consiga realmente alcançar o propósito de *“obtenção de ganhos financeiros, poupanças e redução de custos mediante a realização de concursos públicos que permitam a celebração de acordos quadro que melhor potenciem as sinergias e economias de escala resultantes de um processo de concentração.”*¹⁴⁵

Todavia, e em conclusão o que se pretendia, foi aqui sem margem de dúvida demonstrado, este enquadramento das IES como entidades vinculadas tem implicações negativas, evidenciado por atentarem contra a boa gestão, por serem limitadores da sua autonomia e por terem efeitos negativos na eficiência.

Não se compreende efetivamente como podem estas instituições de ensino estar sujeitas a determinadas regras que limitam de forma grosseira a sua atuação e autonomia, como é a obrigatoriedade de contratar via ANCP, quando toda a conjuntura aponta em sentido contrário e quando toda a razão e experiência têm vindo a comprovar que nenhum princípio é alcançado com essa categorização.

¹⁴⁵ <http://www.ancp.gov.pt/PT/ComprasPublicas/Pages/Home.aspx>

BIBLIOGRAFIA (por ordem de referência no escrito):

MIRANDA, JORGE e GARCIA, MARIA DA GLÓRIA in “ lei do financiamento do ensino superior”, Revista da faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra editora (1998) Vol. XXXIX – n.º 1.

GARCIA, MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS, “ *Organização Administrativa*”, Dicionário Jurídico da Administração Pública, Vol.

ESTORNINHO, MARIA JOÃO, ” *A fuga para o direito privado*- coleção teses, Almedina 1999.

NEVES, ANA FERNANDA, “*Os institutos públicos e a descentralização administrativa*” in estudos em homenagem ao professor Doutor Galvão teles, Vol. V Coimbra 2003.

MOREIRA, VITAL “ *Administração Autónoma e Associações Públicas*”, Coimbra Editora, 1997.

ESTEVES DE OLIVEIRA, MÁRIO “ *Direito Administrativo*” Volume I, Almedina Coimbra 1980.

FONSECA, ISABEL CELESTE M. “ *Direito da Organização Administrativa*” Roteiro Prático. Almedina.

FREITAS AMARAL, DIOGO “ *Curso de Direito Administrativo*”, 3ª edição Volume I, Almedina Coimbra, 2009.

OTERO, PAULO, “ *Institutos Públicos*”, Dicionário jurídico da Administração Pública, Volume V, Lisboa, 1993.

REBELO DE SOUSA, MARCELO, “ *Lições de Direito Administrativo*” volume I, 3.ª edição, 1999.

QUEIROZ, CRISTINA *Direito Constitucional*, Coimbra 2009.

MOREIRA, VITAL “ *Organização Administrativa*”, Coimbra 2001.

CAUPERS, JOÃO “ *Introdução ao Direito Administrativo*”, 10º edição.

ALMEIDA, MÁRIO AROSO, Teoria do Direito Administrativo- Temas nucleares”, Almedina 2012.

RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, BRITO, PEDRO MADEIRA, Contrato de trabalho na Administração pública, Anotação à Lei n.º 23/2004 de 22 de Junho – 2ª edição actualizada, Almedina 2005

MOURA, PAULO VEIGA, “ A privatização da Função pública”, Coimbra editora, 2004.

FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, “Autonomia colectiva dos trabalhadores da administração. Crise do modelo clássico de emprego público” Boletim da faculdade de direito Stvdia ivridica 9, Coimbra editora

ANTUNES, VERA LÚCIA, O Contrato de trabalho na Administração Pública, Coimbra Editora, Abril 2010

VIANA, CLÁUDIA, “ O regime de concursos de pessoal na função pública” in Scientia ivridica, Tomo L, n.º 290, Maio - Agosto de 2001

MOURA, PAULO VEIGA, Comentários aos estatutos das carreiras docentes do ensino universitário e politécnico”, Coimbra 2009

GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra 2007

MIRANDA, JORGE, MEDEIROS, RUI, Constituição da República Portuguesa Anotada, tomo I, Coimbra editora 2005

ALMEIDA, MÁRIO AROSO, Manual de Processo Administrativo, Almedina 2010

ALMEIDA, MÁRIO AROSO, CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, Comentário ao Código de Processo dos Tribunais Administrativos, Almedina, 2010

COLAÇO ANTUNES, LUIS FILIPE, O Direito Administrativo e a sua justiça no início do Século XXI – algumas questões Almedina, 2001

COLAÇO ANTUNES, LUIS FILIPE, “*existe un critério para la persona colectiva de derecho publico?*” - Revista de Administración Pública n.º 183 do ano de 2010.

OTERO, PAULO, *Coordenadas jurídicas de privatização da administração Pública*” texto que corresponde ao desenvolvimento de uma conferência efetuada no “IV colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo”, realizado em Coimbra a 6 e 7 de Abril de 2000, subordinado ao tema “os caminhos da privatização da Administração Pública”

COLAÇO ANTUNES, LUIS FILIPE, O Direito Administrativo sem Estado - Crise ou fim de um paradigma? Coimbra 2008

COPETTO, MIGUEL in “*Autonomia Universitária. Enquadramento histórico, político e legislativo*”, UAL

PINTO, ANA LUISA, in “*Breves reflexões sobre o estatuto das universidades públicas*” Revista o Direito, ano 139º 2007, III,

PEREIRA COUTINHO, LUIS PEDRO, As faculdades normativas universitárias no quadro do direito fundamental à autonomia universitária”- o caso das universidades públicas. Almedina 2004

REBELO DE SOUSA, MARCELO, “ A natureza Jurídica da universidade no Direito Português “Publicações Europa - América, 1992

VIANA, CLAUDIA “ *O acordo – quadro*” in revista de direito público e regulação.

OTERO, PAULO, “O poder de substituição em direito administrativo”. Vol. II

CABALLERIA, Marcos Vaquer, “ el critério de la eficiencia en el derecho administrativo”.

PAULO OTERO, A Administração Pública nacional como administração comunitária: os efeitos internos da execução administrativa pelos estados membros do direito comunitário” in Estudos em homenagem à professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço, Vol. I Almedina 2002

PASCUAL, JUAN MANUEL DEL VALLE in” LA universidade: una administracion pública en trance de revision”

MIGUEL GORJÃO – HENRIQUES, Tratado de Lisboa, Almedina 2009

BERNARDINO, MÁRIO, *As compras e a gestão de materiais* – Especificidades da Administração Pública, Almedina 2102.

ROCHA, MIGUEL LOPES, MACARA, JORGE CRUZ e LOUSA, FILIPE VIANA, “ A Contratação Pública Electrónica” Diário económico, Academia Vortal

<http://www.ancp.gov.pt/PT/ComprasPublicas/Pages/Home.aspx>

http://www.dgtf.pt/ResourcesUser/SEE/Documentos/see_ancp/ancp_2008_orientacoes_estrategicas.pdf

Relatório da OCDE intitulado “A avaliação do sistema de ensino superior em Portugal”, 2005